

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

VITOR RODRIGUES GAMA

MICROSSISTEMA PROCESSUAL PENAL DAS DROGAS:
ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA DIGNIDADE HUMANA E DO
RECONHECIMENTO

VITÓRIA

2019

VITOR RODRIGUES GAMA

**MICROSSISTEMA PROCESSUAL PENAL DAS DROGAS:
ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA DIGNIDADE HUMANA E DO
RECONHECIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição, sob a orientação do Professor Doutor Thiago Fabres de Carvalho

VITÓRIA

2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE DROGAS E DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL	8
1.1. ACEPÇÕES JURÍDICAS, MÉDICAS E CULTURAIS: <i>DROGA</i>	8
1.2. A ORIGEM DA DROGA	9
1.3. O PROIBICIONISMO NORTE-AMERICANO E SUA INFLUÊNCIA INTERNACIONAL	14
1.4. NORMATIZAÇÃO DO CONTROLE DE DROGAS NA ORDEM INTERNACIONAL	21
1.5. A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	24
2. O DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL NA LEI DE DROGAS. INTERNALIZAÇÃO DO MODELO PROIBICIONISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. APLICAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PENAIIS DIFERENTES: LEI Nº 9.099/95, LEI Nº 11.343/06 E O CPP.	29
2.1. O MODELO JURÍDICO DE ENFRENTAMENTO ÀS DROGAS ADOTADO NO BRASIL	29
2.2. DIREITO MATERIAL DA LEI DE DROGAS	35
2.3. DIREITO PROCESSUAL DA LEI DE DROGAS	43
2.3.1. <i>Procedimento comum sumarássimo aplicado aos crimes da Lei de Drogas</i>	45
2.3.2. <i>Procedimento especial aplicado aos crimes da Lei de Drogas</i>	51
2. DIGNIDADE HUMANA E RECONHECIMENTO	57
2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	57
2.1.1. <i>Genealogia e conceituação</i>	57
2.1.2. <i>Natureza jurídica e funções da dignidade humana</i>	63
2.1.3. <i>Qual o conteúdo da dignidade humana?</i>	66
2.1.4. <i>A dignidade humana: ordem internacional e o ordenamento jurídico brasileiro</i> ..	70
2.2. RECONHECIMENTO	76
2.2.1. <i>Estrutura das relações sociais de reconhecimento: esferas do amor, respeito e estima</i>	76
2.3. DIGNIDADE HUMANA E RECONHECIMENTO	81
3. O microssistema PROCESSUAL DAS DROGAS: UM OLHAR CRÍTICO A PARTIR DA DIGNIDADE HUMANA E DO RECONHECIMENTO	85
3.1. CONTRADITÓRIO EFETIVO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: É POSSÍVEL?	85
3.2. AMPLA DEFESA E (INVERSÃO) ÔNUS DA PROVA	94
3.2. UMA NECESSÁRIA ANÁLISE CRÍTICA	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	Erro! Indicador não definido.

REFERÊNCIAS105

INTRODUÇÃO

A humanidade desde a sua origem convive com o uso abusivo de substâncias alteradoras da consciência humana. O ser humano por razões pessoais, culturais, sociais, etc, pode ser levado a experimentar algum tipo de droga, e por motivos variados, permanecer consumindo por longos períodos. Esse comportamento se insere no campo da autonomia privada de cada indivíduo.

No Brasil não é diferente. Um país com dimensões continentais e uma mistura de diferentes culturas. Desde a década de 1970, importando o modelo proibicionista norte-americano, criminalizamos o uso da droga, seu comércio desautorizado e outros desdobramentos dessa atividade ilícita. A última alteração legislativa ocorrida no ano de 2006, permitiu um novo olhar para a prevenção ao uso indevido, contudo, continuamos a criminalizar tais atitudes. Houve um enrijecimento do apenamento para o tráfico.

Passada mais de uma década, não há nenhum sinal de melhora das condições humanas e sociais dessa população. Ao contrário, permanece o estigma do(a) “drogado(a)” — usuário ou dependente — como um criminoso, quando em verdade estamos diante de um ser que necessita de cuidados em relação à sua saúde.

O processo criminal da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), objeto da presente pesquisa, cumpre um papel de correlação entre o direito material e o procedimento, com o qual será materializada a persecução penal por meio de uma demanda proposta pelo Ministério Público.

E a função do processo como instrumento de garantia de direitos, humanos, sociais, etc, está servindo cumprindo sua finalidade? Para tanto, vale-se a pesquisa de dois pilares fundamentais para efetivação de direitos: a dignidade humana e o reconhecimento do sujeito de direito na esfera do autorrespeito.

A dignidade humana é o fundamento, condição mínima, para se iniciar uma análise acerca de direitos que gravitam e tutelam o ser humano numa ordem socialmente organizada. A pesquisa se baseia no pilar da dignidade da pessoa humana, como elemento-condição na construção e promoção de justiça, sedimentando-se como filtro valorativo necessário ao tratamento a ser dispensado em relação à situação das pessoas usuárias, dependentes químicos

e traficantes de drogas, em relação às investigações na fase inquisitorial e todas os direitos e garantias fundamentais iminentes ao processo judicial.

O reconhecimento, instituto valorativo moral-social oriundo dos estudos de teoria crítica, no cerne da teoria social e filosófica da Escola de Frankfurt (Alemanha), neste estudo com o olhar vertido as produções mais recentes desenvolvidos pelo filósofo e sociólogo alemão, Axel Honneth. Valores como esclarecimento (ou emancipação), autonomia, liberdade e justiça serão enfrentados no decorrente da pesquisa. Destaque para a promoção do valor justiça a partir das esferas de reconhecimento — em especial, a esfera do autorrespeito — e da ideia de luta por reconhecimento social desenvolvidas por Axel Honneth num diálogo filosófico com Mead e Hegel, considerando a problematização da pesquisa afeta às violações à dignidade humana, ocasionado pela incorreta formação, gestão e tramitação dos processos penais das drogas e os sujeitos de direitos a ela submetidos.

Inúmeros são os casos de violações de direitos no tocante ao direito processual penal da lei de drogas, ora por afronta ao efetivo contraditório, ora em relação à ampla defesa, nela incluídas os aspectos probatórios.

Diante desse cenário de privação e exclusão de direitos, o objetivo da presente dissertação parte da análise de como se consolidou a política de drogas no Brasil lastreada no proibicionismo norte americano, sua positivação por meio das normas de enfrentamento de conflitos sociais relacionados ao uso abusivo de drogas. Parte-se das premissas de que a dignidade humana é o valor fundante de qualquer sociedade civilizadamente organizada, e, aprofunda-se no exame do reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos, destacando-se a esfera jurídica-respeito, como elemento intersubjetivo inerente a todas as relações sociais do indivíduo consigo, com o outro, e dele em relação às instituições públicas e sociais.

A partir desse objeto, definiu-se como objetivo geral analisar o processo (incluindo a fase investigativa, pré-processual) como um instrumento exercício de direitos, arena de discussão e busca por tutela de direitos e garantias fundamentais, notadamente, pela escolha do elemento empírico que é o microssistema processual das drogas.

Nesse sentido, quando se observa o processo sob o espectro da dignidade humana e do reconhecimento (autorrespeito), inegável esforço para o cotejo, não mais puramente

dogmático das ciências jurídicas, permitindo-se o alcance de outras ferramentas científicas como as Teorias da Justiça. Axel Honneth, orienta que as teorias não devem se limitar aos parâmetros do direito, mas, principalmente, pautar-se em idêntica medida a sociologia e a historiografia. (2015, p. 629)

A divisão de tarefas entre os capítulos se estrutura do seguinte modo: no primeiro capítulo, será apresentada uma análise histórica da política de drogas, o proibicionismo norte-americano, a normatização do controle de drogas e o modelo processual relativo às drogas no Brasil.

No segundo capítulo, parte-se da compreensão da cláusula geral da dignidade humana como valor fundante de uma comunidade social, destacando-se como um de seus elementos, o reconhecimento na esfera do autorrespeito, como forma de balizar as ações envolvendo o sujeito de direitos.

Por fim, no terceiro capítulo, uma análise crítica do microssistema processual das drogas, alicerçados nas premissas teóricas do segundo capítulo, restando por se constatar que tal instrumento procedimento, da forma como vem sendo concebido na prática, fere o arcabouço normativo processual (contraditório, ampla defesa, produção probatória, etc) calcados na dignidade humana e o autorrespeito, esfera de reconhecimento jurídico.

1. HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE DROGAS E DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

O uso abusivo da droga é um problema que acompanha a humanidade há tempos, tendo o Brasil, por força de influência externa e herança cultural, adotado um regramento normativo restritivo, não admitindo o uso e seu comércio.

Embora seja senso comum e repetidamente vulgarizado, o tema droga merece uma nova e atenta abordagem, principalmente, sob o viés da dignidade humana em relação às pessoas que dela fazem uso.

No presente capítulo será proposto um estudo acerca da formação da política criminal de drogas, tanto no campo internacional com a transnacionalização do controle, quanto na situação vivenciada no Brasil, com destaque para o modelo de criminalização do uso e comércio de drogas, bem como da legislação processual penal correlata.

1.1. ACEPÇÕES JURÍDICAS, MÉDICAS E CULTURAIS: *DROGA*

O termo *droga* designa uma substância, natural ou sintética, capaz de mudar o estado de consciência, como por exemplo, a maconha, a cocaína, a heroína, o ópio, o álcool ou os remédios psicotrópicos (BERGERON, 2012, p. 13). É, portanto, a substância psicotrópica, de origem natural — possui matéria prima de plantas, raízes etc — ou sintética — produzidas em laboratórios com elementos químicos —, que permite a quem dela faz uso a sair do estado de consciência para estados de alucinação, euforia, e, por vezes, ausência total de consciência.

Uma droga psicotrópica é aquela que age no cérebro, modificando o seu funcionamento, trazendo como consequência alterações do comportamento e do psiquismo (MASUR; CARLINI, 2004, p. 37).

As drogas podem alterar o funcionamento cerebral de três formas: estimulando, deprimindo e perturbando a mente humana.

Estimulando o cérebro, essas drogas o fazem funcionar mais rápido, elas recebem o nome de estimulantes do sistema nervoso central (SNC). As psicoestimulantes (psicoanalépticas) se

destacam pelo aumento dos níveis de atividades motoras e cognitivas, como a cocaína e seu derivado, o crack, as anfetaminas, o ecstasy, a cafeína, o Khat ou a nicotina.

Deprimindo as funções cerebrais, reduzindo a capacidade de funcionamento do SNC, que são as drogas depressoras. As psicodessoras (psicolépticas) são caracterizadas pela ação calmante, soporífera e ansiolítica, sendo exemplos: o álcool, o ópio e seus derivados, os barbitúricos, os tranquilizantes (sedativos ou hipnóticos) ou solventes (éter ou terebintina).

Perturbando a atividade cerebral, caso em que a droga atinge o regular funcionamento dos neurônios, proporcionando um estado de confusão. Nesse tipo de droga, não há aumento nem diminuição da atividade cerebral, mas a provocação de reações anormais, como alucinações e delírios. Por esta razão são denominadas alucinógenas. As psicodislépticas (perturbadoras) são aquelas que apresentam efeitos alucinógenos, como o haxixe, a dietilamida do ácido lisérgico (LSD) e alguns tipos de cogumelos.

Os remédios com efeitos psicotrópicos são substâncias químicas que agem principalmente no sistema nervoso central, alterando a função cerebral e temporariamente mudam o comportamento, a percepção, o humor e a consciência. Essas mudanças podem ser proporcionadas com a finalidade recreativa (alteração proposital da consciência), religiosa (uso de enteógenos), científica (busca pela compreensão do funcionamento cerebral), ou médico-farmacológica (como medicação). (FERREIRA, 1986, p. 1412).

Importante destacar que esses efeitos psicoativos causados pela droga, não estão limitados em razão da sua diferença quanto ao tipo da droga, mas, sobretudo, em relação à intensidade e potência alteradora do estado psíquico que cada tipo de droga provoca no organismo humano.

Para além do conhecimento etimológico do vocábulo, se faz necessário uma digressão história acerca das origens da droga.

1.2. A ORIGEM DA DROGA

A despeito de inúmeras controversas quanto à etimologia do termo droga, entre as várias hipóteses levantadas (do latim *drogia*, do irânico *daruk* e do árabe *durâwa* e do celta *druko*,

por exemplo), a hipótese holandesa parece a mais verossímil como destaca Eduardo Viana Vargas em Tese de doutorado dedicada ao tema (2001, p. 91-94).

A hipótese holandesa possibilita situar a emergência do vocábulo diretamente no contexto dos contatos entre os povos europeus e seus outros (encarnados, na época, sobretudo pelos árabes e demais povos do Oriente), tais como esses contatos se deram nos últimos séculos da Idade Média. Mais precisamente, observa-se sua presença no período das Cruzadas, quando entraram em curso de desenvolvimento, no mundo ocidental, quer as sociedades de corte e aquele processo que Norbert Elias chamou de *civilizador* (1994, p. 277), quer a fascinante e aterrorizante deriva cosmológico-topográfica em busca da Terra de Cocanha, do País da Canela, dos domínios de Preste João, das Ilhas Afortunadas, do Eldorado, em suma, do Paraíso Terreal (LABATE, 2008, p 42).

A caçada por essa terra dos sonhos, entre outras coisas, se concretizou na procura por uma espécie singular de produto, as drogas ou especiarias, substâncias exóticas que teriam o “gosto do paraíso”, expressão precisamente cunhada por Wolfgang Schivelbusch (1993, p. 314). A partir daí, descortina-se a abertura, imbuídos de esforços, de novos horizontes para a humanidade com as drogas.

Entre os séculos XII e XIV tomou corpo, no imaginário europeu, a utopia do país da Cocanha, terra de abundância e de ociosidade, de eterna juventude e de liberdade, Paraíso onírico por tudo aquilo que não compunha os constrangimentos a que a maioria dos europeus da época estava cotidianamente submetida, mas também por tudo aquilo que durante muito tempo compôs os ideais de vida dos cavaleiros andantes (FRANCO JÚNIOR, 1998, p. 46). Tais fantasias imaginárias eram constantes na mente das pessoas que buscavam a utópica Cocanha. Muito embora a ilusão da Terra da Abundância fosse uma constante na sociedade desse tempo, essa não foi a única forma pela qual o continente europeu se desorientava pela busca de tal mundo utópico.

Contudo, essa busca quase que insana pelas especiarias, na Europa do início do século XVII, foi diminuindo na mesma proporção com foi surgindo um novo grupo de alimentos: o café, o chá, o chocolate, o açúcar, o tabaco e as bebidas alcoólicas destiladas, como bem pontuado por Schivelbusch (1993, p. 13): “alimentos de luxo”.

Assinala Labate (2008, p. 47) que o declínio da loucura das especiarias coincide com o advento daquilo que o antropólogo norte-americano Sidney Mintz (1986, p. 180), denominou de *drug foods* ou “alimentos-droga”.

Esses alimentos passam a ser inseridos nos hábitos alimentares das classes mais privilegiadas do continente europeu, importadas no Ocidente, numa tentativa de continuidade da busca pelo bem-estar físico, proporcionado por esses alimentos e as reações que eles provocam no organismo humano.

Apesar do novo feixe de reações experimentadas por tais alimentos, com o avanço das doenças que atingem o homem, os conhecimentos medicinais atingem um patamar de não resolutividade diante dos novos desafios, até meados do século XIX, com a primeira grande invenção terapêutica: a prática da vacinação. Não foi em virtude da elaboração de melhores teorias médicas que tais sistemas médicos sucumbiram, mas perante uma revolução na arte de curar conduzida pela química (LABATE, 2008, 49).

Para Michel Foucault (1980, p. 143), há dois fenômenos decisivos em relação à evolução do quadro de impotência para um avanço terapêutico. O primeiro por ele denominado de “nascimento da clínica”, o qual consistiu na junção entre a anatomia patológica e a já conhecida experiência clínica, resultando em uma nova estrutura de percepção de acontecimentos mórbidos. O segundo, se relaciona ao uso de drogas terapêuticas, sendo marco até o século XIX, onde na produção de substâncias de uso terapêutico se utilizava de plantas e produtos com variadas substâncias.

Adverte VARGAS (2008, p. 49), todavia, que foi somente no século XIX que essas tentativas de eliminação se fizeram acompanhar pela abertura de uma nova era na terapia através das drogas. Essa nova era foi possibilitada através da introdução nas práticas médicas de substâncias puras de origem mineral (por exemplo, o iodo), de origem vegetal (a morfina) ou de origem animal (a insulina), elaboradas no campo investigativo da química.

Essas novas substâncias químicas foram responsáveis pela mudança na forma de aplicação e de intervenção da medicina no tratamento de enfermidades daquele século. Período que perdurou até a descoberta da droga que revolucionaria a medicina, sobretudo, no tratamento

de infecções causadas por bactérias sensíveis, a benzilpenicilina ou penicilina G, o primeiro antibiótico descoberto pelo médico bacteriologista escocês Alexander Fleming, em 1928.

Conhecido há milênios, o uso terapêutico do ópio ganhou força com a introdução da morfina no início do século XIX. O emprego desse alcaloide, foi incrementado pela introdução das seringas hipodérmicas em meados do século XIX, e seu uso alcançou então dimensões epidêmicas, das quais os soldados desmobilizados após o término da Guerra Civil americana foram as primeiras vítimas. (VARGAS, 2008, p. 52)

Para Henri Bergeron (2012, p. 22) há uma nítida e grande divisão da passagem dos consumos regulados (medicamentos prescritos clinicamente) aos usos descontrolados:

[...] o uso de certas substâncias psicoativas se emancipa progressivamente dos dispositivos de regulação culturais, religiosos ou profissionais que o determinavam até então. Em sua acepção contemporânea comum, a droga se distingue pouco a pouco das outras substâncias, e particularmente da classe dos remédios. A partir da segunda metade do século XIX mais precisamente, o uso regular, e depois compulsivo, independentemente de qualquer contexto terapêutico (no qual o produto havia sido prescrito), começa a se desenvolver. Aquilo que se constitui como intoxicação iatrogênica aleta os médicos para os perigos escondidos por certos produtos. O termo “toxicomania aparece no vocabulário médico nos anos 1880 e essa entidade se estabelece a partir de então, como uma “doença exógena”, causada principalmente a partir do “exterior”, pela introdução de um agente maléfico no corpo.

Outro fato importante ocorrido no final do século XIX e início do século XX, foi a divulgação do uso da benzoilmetilecgonina (mais conhecida como cocaína ou éster do ácido benzoico) pelo notável médico neurologista, e conhecido como criador da psicanálise, Sigismund Schlomo Freud. Freud usava e receitava cocaína para tratamento de vício de morfina, que já no final do século XIX (1885) se conhecia sua potencial dependência. O testemunho de Freud acerca da nocividade da cocaína, nos casos de abuso ou dependência, fortaleceu para a proibição do uso da substância.

Durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), houve um acentuado aumento no consumo de cocaína para fins medicinais e terapêuticos, muito embora não fosse desconsiderado pelas autoridades médicas e químicas a potencialidade maléfica com a qual estariam sendo sujeitos no pós-guerra, com consequências de danos à saúde mental e fisiológica daquelas pessoas. Há registros de uso de variados tipos de substâncias nos conflitos humanos, principalmente, em guerras, destacando-se a Primeira e a Segunda, a do Vietnã (1965), Guerras do Oriente

Médio, até os casos mais recentes de terrorismo, como no caso dos atentados a Paris e a Tunísia em 2015, onde foram encontrados nas amostras de sangue dos responsáveis, uma droga conhecida como “droga da Jihad” ou Captagon (composto de anfetaminas, cafeína e outros estimulantes).

Se a droga, seu uso e seu comércio conhecem uma expansão sem precedentes a partir de meados do século XIX, mas, sobretudo, na virada dos dois séculos, é preciso esperar a segunda metade do século XX para que o consumo, do modo como conhecemos nos dias atuais, encontre suas verdadeiras premissas (BERGERON, 2012, p. 28).

O período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial marca o início de uma “grande epidemia”, como salienta BACHMANN e COPPEL (1989), principalmente nos Estados Unidos da América (EUA), em que nos anos 1950 há uma explosão no consumo de drogas. A Europa dos anos 60 e 70, caminhou no mesmo sentido, com crescimento do uso abusivo de drogas.

A droga se instala duravelmente nas sociedades ocidentais e começa a introduzir-se em todas as categorias sociais (BERGERON, 2012, p. 28).

Nessa mesma época, anos 60, na onda do comportamento coletivo de contracultura, o movimento *hippie*, houve uma banalização do uso de ácido lisérgico (o LSD) em alguns grupos sociais, tornando por assim dizer uma droga-símbolo dessa geração. Juntamente com o LSD, outra droga psicodélica que também teve seu uso muito difundido nessa época, foi o haxixe.

Depois da maconha (*cannabis sativa*), que começa a ser mais difundida a partir dos anos 60, houve também um aumento do consumo de heroína nos anos 70. Na década seguinte, anos 80, a cocaína e o crack, seguidas das anfetaminas e do ecstasy nos anos 90. Obviamente, desses tipos de drogas mais conhecidos surgiram outras drogas como subprodutos e derivados.

Há outro fator social importante relativo ao uso da droga, o que na década de 60 surgiu como um movimento estudantil de contracultura, onde se fazia uso de droga como forma de emancipação e desrespeito à proibição legal do seu uso, se desdobrou em um fenômeno de democratização. Com isso, o que se observa é que o consumo não se limitou aos estudantes, foi além, e atualmente, atinge sobremaneira jovens, crianças e adolescentes menos

favorecidos, desempregados, trabalhadores, enfim, atingindo variadas classes sociais e faixas de idade.

Apesar da franqueza e dura realidade presente nas sociedades ocidentais em geral, merece atenção a construção apresentada por Claude Faugeron e Michel Kokoreff (2002), em que a sociedade contemporânea é “uma sociedade com drogas”. Neste sentido, é necessário que se compreenda o fenômeno social, e, a partir deste entendimento, a comunidade juntamente com o poder público se mobilizem no sentido de a um só tempo, empreendam políticas públicas adequadas ao problema, e reconheçam as pessoas que fazem uso da drogas como ser humano, sujeitos de direitos numa ordem de Estado de Direito.

Os EUA tem importância no contexto da formação da política internacional de enfrentamento do problema do uso abusivo de drogas em razão de suas características socioculturais e repressoras, associadas ao seu status internacional de potência mundial, merecendo uma análise pontual.

1.3. O PROIBICIONISMO NORTE-AMERICANO E SUA INFLUÊNCIA INTERNACIONAL

Como trazido no tópico anterior, o final do século XIX e início do século XX é marcado pela migração da droga, antes utilizada como fármaco para tratamentos de enfermidades como uso de anestésicos, doses pequenas de cocaína e maconha, para o uso abusivo de tais substâncias. Nessa período era possível comprar tranquilamente cocaína e derivados de ópio em farmácias. Não havia proibição no comércio e uso era orientado mediante recomendação médica.

Os primeiros registros de descontentamento com essa situação, surgem após a Guerra Civil norte-americana (1861-1865), onde se organizaram alguns grupos em torno de igrejas e associações protestante que suplicavam por ações repressoras por parte do Poder Público para não permitir a produção, venda e consumo de drogas psicoativas.

Como narra Thomas Szasz (1993), naquela época, algumas drogas como a cocaína e a morfina sequer eram legalmente proibidas nos EUA. Elas estavam fora da abrangência normativa. Nesse contexto, os grupos sociais exerceram pressão popular para que a cocaína, a

morfina, o álcool e outras drogas psicoativas recebessem tratamento legal proibitivo (RODRIGUES, 2012, p.21).

O movimento proibicionista tinha raízes na tradição puritana do protestantismo, linha religiosa do cristianismo radicalmente contra a busca do prazer em vida e que pregava e impunha uma conduta rígida.

Ainda no final do século XIX, conviviam nos EUA movimentos de grupos pró e contra as drogas psicoativas. Dentre os defensores de certa liberdade no acesso a essas substâncias, fortalecidas pelo lançamento em 1885 do refrigerante Coca-Cola, que possui em sua fórmula o princípio ativo da folha de coca (matéria prima da cocaína).

Em 1906 com a aprovação do *Food and Drug Act*, muito embora não houvesse proibição no uso de drogas psicoativas, regulamentava sua produção e venda. Essa lei tinha o objetivo principal de proibir o tráfego estrangeiro e interestadual de alimentos e produtos farmacêuticos adulterados, ficando encarregado o Departamento de Química dos EUA de inspecionar os produtos e encaminhar para os órgãos de controle os infratores. Apesar de embrionária, a Lei Federal sobre Alimentos e Drogas norte-americana colaborou com o início da movimentação internacional que pressionavam as potências mundiais a limitar a produção e o comércio do ópio.

Thiago Rodrigues (2012, p.22-23) esclarece que:

O comércio da droga produzida a partir da papoula tinha motivado dois conflitos que opuseram potências coloniais (principalmente a Inglaterra) e o governo imperial chinês em torno da questão da proibição do ópio. Conhecidas como as Guerras do Ópio (a primeira ocorrida entre 1839 e 1842; a segunda entre 1856 e 1860), os embates aconteceram devido ao choque de interesses existente entre as potências ocidentais, que forneciam o ópio para o mercado chinês, e o governo imperial em Pequim, que desejava limitar o acesso de seus súditos ao psicoativo. Derrotada em ambos os momentos, a China teve que ceder no que se referia à liberdade de venda do ópio.

Por influência norte-americana, em 1909 foi organizada em Xangai uma conferência para discutir limites à produção e ao comércio de ópio e seus derivados. A partir dessa Convenção Internacional se inaugura a prática de encontros diplomáticos para debate e deliberações acerca do controle de drogas psicoativas, motivadas pelo forte impulso proibicionista norte-americano. Com isso, mesmo contrariados, os países europeus (Inglaterra, Alemanha, França,

Holanda e Portugal) aceitaram formalmente a proposta dos EUA de restringir o negócio do ópio apenas para prover as necessidades mundiais para uso médico dos opiáceos (MCALLISTER, 2000).

Em 1912, novamente influenciados pelos EUA, novas tratativas foram celebradas na Convenção Internacional do Ópio, cidade de Haia, Holanda, documento que originou o Tratado de Haia — primeiro documento internacional de controle de drogas — em que os Estados signatários (Alemanha, EUA, China, França, Reino Unido, Itália, Japão, Países Baixos, Pérsia, Portugal, Rússia e Sião, atual Tailândia) se comprometiam a reduzir a produção de ópio bruto e ópio já preparado para ser consumido (fumado), de igual modo, estabelecia limites para a produção e venda de psicoativos processados a partir do ópio (morfina, heroína, codeína), além de limitar as normas envolvendo a cocaína.

A partir do compromisso firmado na ordem internacional, o governo norte-americano passou a pressionar o Congresso Nacional a adequar as normas internas — consideradas regras frágeis pela liderança do Executivo — aos termos normativos pactuados no plano internacional. Em verdade, houve um esforço estratégico para se implementar um regramento proibicionista através do legislativo.

Em 1914 o Congresso norte-americano aprovou a *Harrison Narcotic Act*, norma com teor mais completo e rígido que aquele acordado internacionalmente na Convenção Internacional do Ópio, que estabelecia a proibição expressa de qualquer uso de psicoativos considerado sem finalidades médico-terapeutas, bem como a tributação de impostos sobre a produção, importação e distribuição.

Essa lei norte-americana trouxe importante novidade com a criação da figura do *traficante* e do *viciado*, aquele que produzia e comercializava drogas psicoativas irregularmente e aquele que consumia sem permissão médica, respectivamente (RODRIGUES, 2012, p. 25), situação em que o traficante deveria ser preso e o usuário, mesmo que compulsoriamente, seria tratado, pois era considerado doente.

Com o advento da Lei *Harrison* de 1914, os médicos perderam a autonomia para receitar psicoativos aos seus pacientes, contudo, passaram a deter o monopólio legal daquelas substâncias. Os norte-americanos só conseguiriam acessar os psicoativos por meio de receita

médica. Muito embora o desejo do Executivo da época fosse uma redução considerável do uso dos psicoativos, a despeito da repressão instaurada pela Lei Harrison, persistiu o uso recreativo e a automedicação. Havia, contudo, uma notável diferença: todo esse volume de transações e de usos de psicoativos era, a partir de 1914, ilícito. Estava, efetivamente, inaugurado o mercado ilícito de drogas norte-americano e, com isso, descortinando os passos iniciais da economia do narcotráfico.

Nos EUA, a reprovação moral ao uso de psicoativos, inicialmente adstritos aos grupos puritanos, foi tradicionalmente acompanhada por grupos sociais formados por igrejas e associações protestantes. Em busca de trabalho nos EUA, os chineses levaram o hábito de fumar ópio e, por essa razão, foram duramente associados ao psicoativo. A maconha era considerada, em princípios do século XX, droga de mexicanos, grupo visto pelos brancos estadunidenses como indolentes, preguiçosos e, por vezes, agressivos (RODRIGUES, 2012, p.26). Aos negros se atribuía o uso de cocaína, abuso indevido que supostamente os tornava agressivos sexualmente. Aos imigrantes irlandeses, atribuía-se o uso de álcool de modo abusivo. Observa Thiago Rodrigues (2012, p.26) que nos quatro casos, há uma mesma lógica: minorias e imigrantes mantinham comportamentos moralmente reprováveis que ameaçavam *valores profundos* dos EUA.

A proibição das drogas psicoativas, associada aos estereótipos que as vinculavam às classes mais pobres e de hábitos inapropriados, colocava sob alerta considerável parte da população que já era vigiada pelo aparato repressivo dos EUA. Dentro desse conjunto de pessoas, os grupos identificados como *anormais* passaram a ser alvo de políticas específicas de controle. Grupos de negros, hispânicos, chineses, mexicanos e irlandeses se encaixavam nesse arco de preocupações. Tais grupos passaram a ser ainda mais repreendidos pelas forças oficiais de combate ao tráfico com a aprovação da Lei Seca em 1919.

Foi por meio da 18ª Emenda à Constituição norte-americana que os EUA instituiu a proibição total da produção, circulação, estocagem, importação, exportação e venda de bebidas alcoólicas. Neste contexto, havia duas situações antagônicas, de um lado a conquista dos movimentos proibicionistas, e do outro a articulação de organizações ilegais que se mobilizavam para abastecer a mercancia ilícita decorrente da Lei Seca.

Entre a década de 20 e 30 do século XX, em razão da Lei Seca que vigeu de 1920 a 1933, dentre as organizações ilegais, uma se destacou a *Chicago Outfit* (“Máfia de Chicago” ou “A Organização”), comandadas pelos mafiosos Johnny Torrio (Giovanni Torrio, também conhecido como “*The Fox*” e “*The Immune*”) e Al Capone (Alphonse Gabriel Capone, conhecido no seu círculo íntimo como “*Scarface*”).

Em que pese a Lei Seca tenha disciplinado a proibição do álcool de forma total, o que à época se supunha que seria o fim dos problemas em relação ao abuso do álcool, não foi isso que aconteceu. Ao contrário, houve um aumento do consumo, com a transferência da prática do uso no meio social para locais clandestinos.

Até ser revogada em 1933, a Lei Seca foi responsável pelo fortalecimento da criminalidade nos EUA. Quanto ao consumo, como já dito, não houve redução, porém, a população que fazia uso do modo ilegal foi exposta a bebidas mais nocivas à saúde, em razão da fabricação sem cuidados mínimos de higiene e escolha de matérias-primas (RODRIGUES, 2012, p. 28-29).

Nesse período, foram elaboradas três tratativas internacionais: o Acordo de Genebra, em 1925; a Conferência de Bangkok, em 1931; e a Conferência de Genebra, em 1936, estabelecendo a obrigação entre os Estados Signatários de tomarem as providências para proibirem, no âmbito nacional, a disseminação do vício. Todos com crucial influência dos EUA. A partir desse momento, o modelo de repressão norte-americano passa a ter aceitação internacional, com a política governamental tida como mais adequada para o enfrentamento da produção e comércio ilícito de drogas psicoativas.

No âmbito interno, variadas normas foram sendo instituídas com o escopo de fortalecer e empreender o modelo proibicionista. O enrijecimento da proibição interno nos EUA influenciou profundamente a postura diplomática do país nas discussões para a construção da lei internacional unificada que tanto dividira os Estados ao longo dos anos 1950 (RODRIGUES, 2012, p. 34).

Em 1961, foi firmada a Convenção Única de Nova Iorque sobre Entorpecentes, ficando pactuadas medidas de controle e fiscalização prevendo restrições especiais aos particularmente perigosos, disciplinou-se o procedimento para a inclusão de novas substâncias

que deveriam ser controladas, fixou-se a competência das Nações Unidas em matéria de fiscalização internacional de entorpecentes, dispôs sobre as medidas que deveriam ser adotadas no plano interno de cada Estado Signatário para a efetiva ação contra o tráfico ilícito, com compromisso entre os Estados de assistência recíproca em luta coordenada, no sentido de que a cooperação internacional entre os órgãos de controle fosse de forma célere, disciplinou-se dispositivos penais recomendando que todas as formas dolosas de tráfico, produção, posse etc., de drogas ilícitas, fossem punidas adequadamente, por fim, quando ao usuário, recomendou-se aos dependentes químicos tratamento médico e que fossem criadas facilidades à sua reabilitação.

Os anos 60, ficaram marcados por movimentos de contracultura, grupos de pessoas que contestavam os padrões morais estabelecidos culturalmente. Dentre as formas de protesto como a arte, uma delas era o uso de drogas ilícitas, buscando demonstrar para as autoridades estatais e as classes moralistas, outras formas de compreender a vida, que não por clássicos padrões conservadores. Neste período, as drogas psicoativas mais utilizadas eram a maconha, a mescalina e o LSD (a mais difundida da época).

Na década seguinte, em 1972 na cidade de Genebra, celebrou-se o Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, novo documento internacional que modificou e aperfeiçoou a Convenção anterior, com alterações na composição e funções do Órgão Internacional de Controle de Entorpecentes, na ampliação das informações que deveriam ser fornecidas para controle da produção de entorpecentes naturais e sintéticos, destacou-se a necessidade fornecimento de tratamento aos toxicômanos.

Nesse mesmo ano nos EUA, o então Presidente Richard Nixon advertiu a população norte-americana e a comunidade internacional, identificando os psicoativos como inimigos nº 1 da América e, de conseguinte, declarou guerra às drogas (*war on drugs*).

Essa guerra, significa a intenção de aprofundar as medidas repressivas por meio do crescimento das ações policiais de combate às drogas ilegais e as redes de tráfico. Com esse discurso repressivo, aceitava-se de forma institucionalizada a clara dicotomia entre os países produtores de drogas ilícitas e os países consumidores, segregando os países de terceiro mundo como produtores — e, portanto, os principais responsáveis —, e os EUA como consumidor, vítima dos criminosos asiáticos e latino-americanos que produziam e faziam

chegar aos consumidores norte-americanos, drogas com a heroína, a cocaína, o LSD e a maconha (RODRIGUES, 2012, p. 38).

Sobre essa classificação autointitulada à época pelo Governo norte-americano, adverte Edson Passetti (1991) que possuía intenções políticas, porquanto que ignorava a produção ilegal de dentro do território norte-americano — como as plantações de maconha nos estados do Oregon e Nevada e os laboratórios produtores de LSD no estado da Califórnia — colocando luz e força combativa somente em relação aos produtores externos.

Analisando o surgimento do proibicionismo norte-americano em relação ao comércio e uso de drogas, destaca-se a síntese de Thiago Rodrigues (2012, p. 39):

O ciclo que começara em princípios do século XX chegava, em meados da década de 1970, a um ponto de inflexão: a proibição internacional de psicoativos não havia coibido a produção, comercialização, e uso dessas substâncias; pelo contrário, possibilitara o crescimento de um gigantesco mercado ilegal que motivava, por sua vez, o fortalecimento das agências e das leis destinadas a perseguir essa economia ilícita.

Fundamentalmente o proibicionismo se lançou no espaço deixado pelo recuo nos níveis de participação popular na vida política nacional. Nascidos como movimentos isolados, as ligas e partidos proibicionistas logo perceberam a potencialidade política da ocupação desses espaços na vida pública estadunidense. O ideário puritano, apesar de ser pouco praticado até então nas suas variáveis mais radicais, fazia parte do repertório moral fundamental da maioria da população norte-americana. Simultaneamente, a possibilidade de formação de consenso na opinião pública, tendo como fator aglutinante um moralismo puritano exagerado, foi percebido pelo governo como oportunidade para potencializar seu crescimento como regulador universal dos aspectos mais íntimos dos cidadãos. O proibicionismo foi estratégia das ligas moralistas para alçarem voos políticos maiores e do Estado para, numa atmosfera social propícia (pela difusão dos males sociais, médicos e morais das drogas, levada em grande parte pelo proselitismo proibicionista), construir campos de legitimidade para aumentar sua capacidade de ingerência e regulação dos indivíduos interna e, porque não, externa (RODRIGUES, 2017, p.96).

O proibicionismo agiu como um dos catalisadores desse processo de gigantismo dos EUA. Os controles sociais implicados na regulamentação das drogas abriam um campo infinitamente

fértil para que Governo pudesse ampliar os canais de governamentalização dos indivíduos. Criminalizar relações tão difundidas apresentava como resultado evidente a possibilidade de o Estado punir a maioria dos seus cidadãos, investindo em um crime que não tem vítima, já que a contravenção circula no sangue do usuário e por vontade própria (RODRIGUES, 2017, p. 97).

Outro movimento que ganhou destaque nessa engrenagem foi o puritanismo, pois foi utilizado pelo Estado nesse processo de incorporação política da questão das drogas. O interesse da problematização das drogas estava no fato de que a proibição potencializa o poder estatal, uma vez que cria o Estado terapêutico — paternalista e que controla a população — e aprofunda o Estado punitivo — punição à transgressão das novas leis e combate ao mercado ilícito que surge em razão das vedações legais.

Com isso, após décadas de disputas, os EUA concebeu um modelo proibicionista de enfrentamento as drogas, difundindo-o por todo o planeta como sendo o melhor e mais eficiente do ponto de vista instrumental da guerra às drogas. Muito embora, tenha havido conquistas dos EUA neste sentido através de documentos internacionais proibicionistas, numa tentativa de padronização do enfrentamento às drogas psicoativas, não havia como ser desconsideradas as culturas de cada local, tampouco, as especificidades de cada sistema normativo interno de cada país, o que por si só tornava o modelo norte-americano ineficiente.

1.4. NORMATIZAÇÃO DO CONTROLE DE DROGAS NA ORDEM INTERNACIONAL

Antes mesmo da criação da Organização das Nações Unidas, capitaneados pelo proibicionismo estadunidense, países ocidentais começaram a se preocupar com o crescimento desordenado do uso e produção de drogas psicoativas.

Em razão disso, ao longo do século passado, vários foram os diplomas internacionais disciplinando o tema.

Em 1909, a Conferência de Xangai que reuniu 13 países para tratar do problema do ópio indiano infiltrado na China, porém não produziu resultados práticos.

No ano de 1911, a Primeira Conferência Internacional do Ópio, na cidade de Haia, Holanda. Primeira Convenção Internacional do Ópio, assinada em 1912, resultante da Conferência de 1911 e popularmente conhecida como a "*Convenção do Ópio*", regulamentou a produção e a comercialização da morfina, heroína e cocaína. Foi prejudicada em sua execução pela Primeira Guerra Mundial, entrando em vigor apenas em 1921.

Criação da Comissão Consultiva do Ópio e Outras Drogas Nocivas em 1921, Sucedió pela Comissão das Nações Unidas sobre Drogas Narcóticas (CND - *Commission on Narcotic Drugs*) por consequência da criação da Sociedade das Nações cuja Convenção constitutiva reconheceu a atribuição de elaborar acordos sobre o tráfico de ópio e outras drogas nocivas.

Em 1924, a Conferência de Genebra, com a ampliação do conceito de substância entorpecente e instituição do sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação.

No ano seguinte, em 1925, o Acordo de Genebra, surgido da Conferência vinculada à Sociedade das Nações de 1924, torna realidade os dispositivos da Conferência de Haia de 1912.

Em 1931, a Conferência de Bangkok, que promoveu a revisão do acordo de Genebra de 1925.

Nos anos 1931 e 1936, duas novas Conferências realizadas em Genebra, Estabeleceu-se como obrigação dos estados participantes para tomarem providências visando a proibição, no âmbito nacional, da disseminação do vício.

Em 1946, assinado protocolo atualizando acordos anteriores sob convocação da Organização das Nações Unidas.

Nos anos de 1948 (Paris) e 1953 (New York), firmam-se outros protocolos. O de Nova Iorque restringiu a produção de opiáceos na fonte, permitindo sua destinação apenas para uso médico.

Já em 1961, pactua-se a Convenção Única de New York sobre Entorpecentes, estabelecendo as medidas de controle e fiscalização prevendo restrições especiais aos particularmente

perigosos, disciplinando o procedimento para a inclusão de novas substâncias que devam ser controladas; fixando a competência das Nações Unidas em matéria de fiscalização internacional de entorpecentes; dispondo sobre as medidas que devem ser adotadas no plano nacional para a efetiva ação contra o tráfico ilícito, prestando-se aos Estados assistência recíproca em luta coordenada, providenciando que a cooperação internacional entre os serviços se faça de maneira rápida; trazendo disposições penais, recomendando que todas as formas dolosas de tráfico, produção, posse etc., de entorpecentes em desacordo com a mesma, sejam punidas adequadamente; recomendou aos toxicômanos seu tratamento médico e que sejam criadas facilidades à sua reabilitação.

Em 1971, na cidade de Viena, firmou-se a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas (Viena) que passa a controlar a preparação, uso e comércio de psicotrópicos.

No ano de 1972 celebrou-se em Genebra, o Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, modificando-a e aperfeiçoando-a, inovando alterando a composição e as funções do Órgão Internacional de Controle de Entorpecentes, ampliando as informações que devem ser fornecidas para controle da produção de entorpecentes naturais e sintéticos e salienta a necessidade de tratamento que deve ser fornecido ao toxicômano.

Convocação pela Secretaria Geral das Nações Unidas da Conferência Internacional sobre o Abuso de Drogas e Tráfico Ilícito para rever o documento "*Comprehensive Multidisciplinary Outline*", celebrada em 1977. Esse documento consiste de quatro capítulos, sendo dois deles dedicados ao controle do fornecimento e à supressão do tráfico ilícito. Fez sugestões práticas sobre o planejamento de programas efetivos para a supressão do tráfico ilícito em todos os níveis (nacional, regional e internacional).

Na década de 80, mais precisamente em 1988, houve a Conclusão da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, na cidade de Viena.

E por último, em 1990, entrou em vigor internacional a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas que complementa as Convenções de 1961 e 1972, acrescentando, entre outras coisas, o éter etílico e acetona no rol das substâncias controladas.

Após a análise dos documentos internacionais que disciplinam sobre drogas, será tratado a seguir acerca da Política Criminal de Drogas no Brasil.

1.5. A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Ensina Claus Roxin (1997, p. 203) que a Política Criminal está em um peculiar ponto médio entre a ciência e a estrutura social, entre a teoria e prática. Por uma parte baseia-se como ciência nos conhecimentos objetivos do delito, em suas formas de manipulação empírica e jurídica; por outra parte quer como uma forma de política estabelecer determinadas ideias ou interesses, tratando como teoria de desenvolver uma estratégia definitiva da luta contra o direito. Neste sentido, a Política Criminal mantém a Dogmática Penal em permanente contato com a realidade valendo-se, para tanto, dos aportes proporcionados pela Criminologia. Isso porque a ela transforma a experiência criminológica em opções e estratégias a serem assumidas pelo legislador e pelos poderes públicos (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1999, p. 207).

Portanto, política criminal de drogas se refere à Política Criminal relacionada às questões das drogas, com análise criminológica e dogmática, permitindo melhor compreensão dos fenômenos da vida e possibilitando a adoção de boas práticas governamentais de gestão pública nessa temática.

No Brasil, o primeiro ato estatal de controle de drogas psicoativas surgiu no Regulamento Imperial de 1851, que instituía a polícia sanitária e a venda de medicamentos. Antes, porém, como esclarece Luiz Luisi, a primeira das menções remonta às Ordenações Filipinas, em seu art. 89, dispunha que nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salve se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício (1990, p. 152).

Ainda na fase Imperial, o Brasil não tinha uma norma específica regulamentando sobre drogas, mesmo com o advento do então Código Criminal do Império de 1830. Nesse mesmo ano, no âmbito municipal, a Câmara do Rio de Janeiro, expediu um ato normativo que proibia a venda e o uso de pito de pango¹, bem como a conservação dele em casas públicas,

¹ Termo utilizado popularmente à época para identificar a maconha, que também possuía outros apelidos, como: *Pango*, *Diamba*, *Liamba*, *Fumo de Angola*, *Veneno Africano* etc. Fonte: Acervo do Jornal O GLOBO. Acesso

dispositivo considerado um marco proibicionista brasileiro por ser o primeiro ato legal de proibição de venda e uso de maconha no mundo ocidental (MACRAE; SIMÕES, 2000, p.19).

O Código Penal da República de 1890 proibia em seu art. 159 o comércio de substâncias venenosas — *Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena: de multa de 200\$ a 500\$000* —, na mesma linha repressiva oriunda da época colonial.

Quase três décadas depois, em 1915, através do Decreto 11.481, o Estado Brasileiro, como signatário da Convenção, como forma de internalização das tratativas internacionais, passou a determinar o cumprimento da Conferência Internacional do Ópio realizada em 1912, na cidade de Haia, Holanda. Este Decreto ficou conhecido como marco inicial de uma sistematização normativa fundamentada em acordos internacionais por parte do Estado Brasileiro, sendo uma constante nas posteriores legislações internas.

Nesse período foram introduzidas várias alterações legislativas com nítida preocupação sanitaria, todas patrocinadas em decorrência de tratativas pactuadas em convenções internacionais, o que terminou por implantar um sistema médico-policial. No entanto, embora tenha sido uma fase de instituição de medidas invasivas e obrigatórias em relação aos usuários de drogas — como obrigatoriedade de tratamento, internação compulsória, interdição de direito etc — tais alterações não criminalizavam o uso (RIBEIRO, 2013, p.38).

A posse ilícita passou a ser criminalizada com o advento do Decreto nº 20.930 de 1932, que em seu artigo 26 do Decreto previa pena de prisão de até nove meses para quem fosse *encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º [ópio bruto e medicinal, morfina, diacetilmorfina ou heroína, benzoilmorfina, dilandide, dicodide, eucodal, folhas de coca, cocaína bruta, cocaína, ecgonina, e a "canabis indica"]*, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias. O Decreto também previa pena para quem instigasse (art. 25) o uso de qualquer uma das drogas controladas, bem como, impunha a obrigatoriedade da

notificação (arts. 44 e 45) de casos de dependência para que estes fossem tratados em internações determinadas pelo Juiz responsável pelo processo.

Surge pela primeira vez na norma a imposição ao cidadão, pelo Estado, a notificar qualquer caso de toxicomania a que venha a ter conhecimento. É a instituição da “delação compulsória” (RODRIGUES, 2017, p. 171), considerando que o Estado preconizava que a omissão à notificação como atentado ao bem da saúde pública, condenável eticamente.

Outra importante norma foi o Decreto-Lei nº 891, merecendo uma contextualização com o momento político vivenciado pelo Brasil. Logo após a proclamação da Constituição de 1934, o proibicionismo transnacionalizado pelos EUA como política criminal eficiente para os países ocidentais, corroborava as intenções do governo de Getúlio Vargas, que à época empreendia tendências autoritárias. Em 1935, o Executivo propôs uma Lei de Segurança Nacional que qualificava como crimes contra ordem política e social do país, animosidades políticas entre facções e variados grupos sociais e a organizações de partidos políticos. Outro fato histórico que fortaleceu o discurso para restrição de liberdades civis em nome da segurança nacional, foi a fracassada tentativa de golpe comunista em junho daquele ano. Em novembro de 1937, o Congresso Nacional foi fechado, e Getúlio Vargas decretou o início de um novo regime político no país, conhecido como Estado Novo (ou Terceira República Brasileira). Nesse estado de exceção, foram conferidos ao presidente da República máximos poderes na condução da política nacional e dos novos desafios da Nação. Dentre eles, a capacidade de governar através de Decretos-Leis, sem a participação do Poder Legislativo.

O Decreto-Lei nº 891, imposto pelo Poder Executivo a partir de 25 de novembro de 1938, é fundamental para o estudo das transfigurações jurídicas sobre drogas no Brasil, lançando novos marcos que solidificavam a estratégia repressiva do Estado em face dos temas relacionados à produção, tráfico e consumo de drogas controladas. Essa norma possuía a precípua função de adequar o ordenamento interno às tratativas internacionais em vigor, das quais o Brasil era signatário. Com isso, o Decreto-Lei de 1938 se adequava aos tratados internacionais pactuados pelo Brasil na ordem internacional, sobretudo em relação à Convenção do Ópio de 1932 e a Convenção sobre Tráfico Ilícito de 1936, celebradas na cidade de Viena pela Liga das Nações.

Na década de 40, com o Código Penal e a revogação de todos os dispositivos penais até então vigentes, optou o legislador pela descriminalização do consumo, inclusive unificando o dispositivo que tratava da matéria, o art. 281, que assim passou a dispor:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Arelado à transnacionalização da política criminal estadunidense, exportando para os países do ocidente um modelo proibicionista alicerçado na meta de *war on drugs*, um novo aliado para o estabelecimento da militarização em relação às drogas, o Golpe Militar de 1964. Período de política criminal denominado por Nilo Batista (1997, p. 137) de modelo bélico.

Como já referenciado no tópico anterior, nos anos 60 e 70, paradoxalmente aos movimentos de contracultura e liberdade social em detrimento de padrões socialmente incutidos na cultura repressiva de trato com as drogas, firmam-se importantes convenções internacionais sobre drogas: a Convenção Única de Nova Iorque sobre Entorpecentes (1961), Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas em Viena (1971).

No Brasil, em outubro de 1976, entra em vigor a Lei nº 6.368, dispondo sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Sua regulamentação foi através do Decreto nº 78.992 de dezembro de 1976.

A Lei de Tóxicos, como era conhecida, aglutinava num único documento normativo todas as disposições referentes à repressão ao tráfico e prevenção ao uso de drogas, estabelecendo com

independência as sanções penais para os crimes previstos. Na mesma linha de raciocínio repressivo dos diplomas normativos que a antecederam, a Lei de tóxicos fortaleceu o modelo proibicionista de enfrentamento ao problema das drogas.

Outro importante impacto na questão das drogas foi a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072 de 1990), que prevê dentre o seu rol de tipos penais diversas condutas classificadas como as mais graves, repugnantes, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Trata-se de uma classificação reconhecida na doutrina como um tipo penal equiparado ao hediondo, em razão da política criminal proibicionista institucionalizada no Brasil.

Em 2002, a Lei nº 10.409, tinha por finalidade substituir a antiga Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), contudo, em razão de variados vetos, entrou em vigor com sua eficácia comprometida.

Diante desse quadro político, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei integrativo que tinha o escopo de preencher as lacunas deixadas pelos vetos impostos à Lei nº 10.409/2002.

Surge em 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.343, uma nova Lei de Drogas que, ainda contaminada pelo modelo proibicionista manteve a criminalização do uso de substâncias psicoativas, no entanto, avançou normativa e historicamente em relação ao seu desencarceramento, políticas públicas de prevenção de uso indevido e atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Essa evolução se alinha com o exposto reconhecimento das estratégias de redução de danos, aproximando a política nacional de drogas ao modelo europeu, que se caracteriza pela adoção de uma política proibicionista moderada (RODRIGUES, 2006, p. 249).

2. O DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL NA LEI DE DROGAS. INTERNALIZAÇÃO DO MODELO PROIBICIONISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. APLICAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PENAIIS DIFERENTES: LEI Nº 9.099/95, LEI Nº 11.343/06 E O CPP.

O presente capítulo se destina a análise do direito processual criminal da Lei de Drogas, suas características positivas e negativas, merecendo destaque para o modelo jurídico inserido no Brasil no enfrentamento da questão.

Outro tema importante na construção deste capítulo é a análise dos tipos penais especiais da Lei de drogas. O direito material, neste sentido, será de crucial importância para compreensão do modelo adotado no Brasil, tanto do ponto de vista da escolha da política criminal, quanto em relação à inserção de crimes seguindo os anseios do movimento norte-americano de transnacionalização do controle social.

Será objeto de análise a funcionalidade do procedimento sob o qual se processam os crimes praticados e subsumidos aos tipos penais da Lei de Drogas, pontuando suas características sob o viés da concretização de direitos na esfera normativa.

O tópico final do capítulo será dedicado a avaliação em relação à finalidade do processo criminal da Lei de Drogas, apresentando as qualidades e os defeitos do rito.

2.1. O MODELO JURÍDICO DE ENFRENTAMENTO ÀS DROGAS ADOTADO NO BRASIL

A Lei 6.368/76 instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações políticos-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais. (CARVALHO, 2016, p. 59).

A escassez do discurso médio-jurídico no que concernia à densificação do processo de repressão permitiu a elaboração de um sistema preponderantemente jurídico, baseado na severa punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o surgimento do discurso jurídico-político. (CARVALHO, 2016, p. 59).

A percepção de que o controle social de política criminal interna e externa norte-americana se expandiu para todo o planeta, é verificada de forma profícua através da ratificação e aprovação da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas², Viena, 1971, pela maioria dos países³ filiados à ONU.

Contudo, a despeito do esforço empreendido pela política repressiva norte-americana em dimensão global, inegável frustração da época se materializava nos índices bem preocupantes de violência e não redução dos índices de comércio ilegal e consumo abusivo de drogas.

Os reflexos do plano de transnacionalização norte-americano de controle repressivo incidiram diretamente nas políticas de segurança pública dos países da América Latina. Se a Lei 5.726/71 pode ser considerada reflexo desta assertiva, com a Lei 6.368/76 o discurso jurídico-político belicista toma a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro. (CARVALHO, 2016, p. 61)

Adverte Salo de Carvalho (2016, p.61), que:

A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores — ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional — a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas.

Na justificativa legislativa para criação da Lei 6.368/76, o parlamento brasileiro sedimenta a internalização do projeto de transnacionalização do controle social afeto as drogas, mantendo a base do discurso médico-jurídico e acrescentando novas diretrizes normativas do discurso jurídico-político.

² Esta convenção estabelece um sistema de controle internacional para substâncias psicotrópicas, e é uma reação à expansão e diversificação do espectro do abuso de drogas. A convenção criou ainda formas de controle sobre diversas drogas sintéticas de acordo, por um lado, a seu potencial de criar dependência, e por outro lado, a poder terapêutico. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf. Acesso em: 23/09/2018.

³ Status de adesão: países que aderiram a e/ou ratificaram esta convenção ver no endereço: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-16&chapter=6&lang=en. Acesso em 23/09/2018.

Além do escopo de prevenir o uso indevido da droga, o Projeto Legislativo de 1976 dá um passo na implementação de rede de serviços de saúde dos Entes Públicos (art. 9^o⁴) para tratamento em regime de internação hospitalar em casos de quadros clínicos de dependência ou manifestações psicopatológicas (art. 10⁵). Tais medidas visavam reduzir substancialmente o uso abusivo da droga e permitir a recuperação da pessoa, retornando ao estado de não uso da droga.

Em razão da ineficácia normativa pretendida pela Lei de 1976, principalmente em relação ao anseio de se diminuir consideravelmente o uso abusivo e o tráfico de drogas, a necessidade de reforma integral do texto então vigente vinha sendo debatida pelo Poder Legislativo Brasileiro desde o início da década de 1990.

Segundo as exposições de motivos dos inúmeros projetos que tramitavam concomitantemente, a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação total. Neste contexto, os posicionamentos quanto à disfuncionalidade da Lei nº 6.386/76 pendiam da crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos com medidas despenalizadoras e descriminalizadoras, ao diagnóstico da necessidade de incremento da punitividade. (CARVALHO, 2016, p. 91)

No contexto histórico de propostas legislativas, onde de um lado se identifica claramente o modelo proibicionista de repressão e do outro um esboço de um novo paradigma fundado em medidas estruturais descriminalizadoras e despenalizadoras, surge a Lei nº 10.409/02.

As novas disposições inseridas no ordenamento pela Lei nº 10.409/02, apesar de manter o caráter delitivo da conduta de porte para uso pessoal e demais tipos penais da Lei nº 6.368/76, optou o legislador pelo procedimento e pelas alternativas pré-processuais estabelecidas na lei que regulava o procedimento dos delitos de menor potencial ofensivo, da Lei nº 9.099/95, adotando explícitas medidas descarcerizantes (CARVALHO, 2016, p.92). Em relação ao tráfico da droga, reproduziu a incriminação das condutas estabelecidas no art. 12 da Lei

⁴ Art. 9º As redes dos serviços de saúde dos Estados, Territórios e Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para tratamento dos dependentes de substâncias a que se refere a presente Lei.

⁵ Art. 10. O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

6.368/76, inclusive com a permanência da mesma pena máxima em abstrato, 15 (quinze) anos.

Sucedeu que o projeto de lei como idealizado no parlamento, foi vetado pelo Chefe do Executivo na parte dos tipos penais, sendo aprovada somente a parte do projeto afeta ao procedimento. Com isso, estabelece-se uma situação normativa inédita no ordenamento jurídico brasileiro, em relação aos fatos praticados e configurados crimes em relação às drogas, o direito material era regido pela Lei nº 6.368/76, e o procedimento pela Lei nº 10.402/02, aplicando os dois textos conjuntamente.

Após 30 anos da Lei nº 6.368/76, somadas as reformas legislativas parciais e indiretamente relacionadas ao tema das drogas, o Brasil aprovou a Lei nº 11.343/06, que trouxe algumas alterações pontuais em relação à despenalização do uso, por exemplo, mas apesar de se apresentar como uma nova norma que institui equipamentos públicos com o escopo na prevenção, insiste em manter um modelo repressivo-proibicionista.

O novo diploma normativo institui o Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas – SINAD, que tem a finalidade (art. 3^o) de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

A nova lei se esforça numa tentativa de superar, ao menos em parte, o modelo repressivo-proibicionista, através da inserção principiológica e rol de objetivos, com a finalidade de consolidar o bom funcionamento do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, dentre eles merecendo destaque:

- O respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade (art. 4^o, I);

⁶ Art. 3^o O Sinad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:
I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

- A promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad (art. 4º, V);
- O reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito (art. 4º, VI);
- A integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito (art. 4º, VII);
- A articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad (art. 4º, VIII);
- A adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (art. 4º, IX);
- A observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social (art. 4º, X);
- Contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados (art. 5º, I);
- Promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país (art. 5º, II); e
- Promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios (art. 5º, III).

Inegavelmente, há uma preocupação com os dados de informações sobre drogas no Brasil nas áreas de atenção à saúde e assistência social (art. 16⁷), como também, com os dados

⁷ Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os

estatísticos relacionados à repressão ao tráfico ilícito de drogas (art. 17⁸). Neste ponto, evolui o ordenamento jurídico pátrio ao criar mecanismos de coleta, análise, preservação de dados relativos à atenção aos usuários ou dependentes de drogas em relação a atendimentos, tratamentos e óbitos. De igual modo, a partir do levantamento dos dados e pesquisas de repressão, possibilita ao Estado o conhecimento das reais necessidades da sociedade, facilitando a realização de políticas públicas direcionadas às demandas mais urgentes, de acordo com as especificidades de cada região.

No campo da prevenção do uso indevido de drogas, as intenções legislativas progridem e passam a ser direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, bem como, para a promoção e fortalecimento dos fatores de proteção (art. 18 e 19⁹).

casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

⁸ Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

⁹ Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

Entre as medidas de prevenção ao uso indevido de drogas incluem-se: i) tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; ii) incentivar a prática de atividades esportivas, artísticas e culturais; iii) a orientação escolar nos três níveis de ensino; iv) dever de manutenção nos estabelecimentos ensino serviços de apoio, orientação e supervisão de professores e alunos; v) promover debates relacionados a questões ligadas à saúde, cidadania e ética; vi) manter nos hospitais atividades de recuperação de dependentes e de orientação de seus familiares etc. Consideram-se atividades de prevenção, dentre outras, todas as atividades relacionadas com as medidas que acima foram indicadas de modo exemplificativo.

Outro aspecto importante no que concerne ao fomento de política pública relativo ao problema das drogas, diz respeito às atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares que visem à melhoria da qualidade de vida e a redução dos riscos e danos associados ao uso de drogas (art. 20¹⁰). De igual forma, há preocupação com a reinserção social do usuário ou dependentes de drogas e seus familiares, com desenvolvimento de atividades direcionadas para sua integração ou reintegração na sociedade (art. 21¹¹).

Analisado o modelo jurídico brasileiro de tratamento de pessoas em situação de contato com drogas, necessário se faz a análise pormenorizada dos tipos penais preconizados na Lei 11.343/06.

2.2. DIREITO MATERIAL DA LEI DE DROGAS

A Lei 11.343/06, topograficamente, mantém dentro do capítulo “dos crimes e das penas” o tipo penal referente ao porte de drogas para consumo pessoal.

Não obstante a permanência do tipo penal do uso dentro do capítulo dedicado aos crimes, a Lei 11.343/06 o mantém como crime, porém esvazia o preceito secundário de carga punitiva — preconizada como geral (art. 5º, XLVI¹² da CF/88) —, despenalizando a conduta (art.

¹⁰ Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

¹¹ Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

¹² XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

28¹³), submetendo ao agente às sanções de: i) advertência sobre os efeitos das drogas; ii) prestação de serviços à comunidade; e iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O §1^{o14} do art. 28, equipara a consequência jurídica do *caput* à pessoa que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Em relação ao artigo 28, importante discussão é travada desde o início de sua vigência em relação à natureza jurídica no dispositivo, basicamente, havendo 3 posicionamentos doutrinários: a) descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*; b) descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador; e c) despenalização e manutenção do status de crime.

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (GOMES, 2013, p. 111).

Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com a prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. Entendimento defendido por Luiz Flávio Gomes. Para o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

¹³ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

¹⁴ Art. 28 [...] § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

considerado como “crime”, passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo.

Para o segundo posicionamento doutrinário, houve descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador, em relação a descriminalização substancial, isto é, *abolitio criminis*, o art. 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada na transação penal, seja quando imposta em sentença final (BIANCHINI, 2013, p. 117).

E em relação ao terceiro posicionamento, despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, adequadas às especificidades do caso concreto, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da penal de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução.

Na visão acerbada de Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 688/689):

É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime — como fez com o art. 28 da Lei nº 11.343/06 — pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art. 5º XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão *entre outras* constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser.

Nesse sentido, na presente pesquisa se adota o terceiro posicionamento — despenalização e manutenção do status de crime —, para fins de definição da natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas.

Esse, inclusive, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 430.105 QO/RJ, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13/02/2007, fixou o entendimento de que a posse de droga para consumo pessoal tem natureza jurídica de crime, embora havido uma despenalização, como observamos:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)¹⁵

Tramita no Supremo Tribunal Federal desde fevereiro de 2011, *leading case* RE 635659, de Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que trata da discussão (Tema 506) acerca da tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Atualmente, o processo se encontra com vista para o gabinete do Ministro Alexandre de Moraes, tendo já votado os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Edson Fachin e Luis Roberto Barroso a favor da descriminalização.

¹⁵ No mesmo sentido a Suprema Corte Brasileira também decidiu em fevereiro/2011: Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria Criminal. Prequestionamento. Ofensa reflexa. Precedentes. Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 de Lei nº 11.343/06): natureza jurídica de crime. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional. 3. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a conduta de portar droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não perdeu seu caráter criminoso. 4. Agravo regimental não provido. (AI 741072 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/02/2011, DJe-098 DIVULG 24-05-2011 PUBLIC 25-05-2011 EMENT VOL-02529-03 PP-00687)

Há uma nítida tendência do Tribunal em reconhecer que a posse de droga para consumo pessoal não deve ser considerada crime não só pelo placar atual de 3 (a favor) x 0 (contra), mas em razão de variados fundamentos: violações à privacidade, liberdade e autonomia do indivíduo; necessidade de tratamento de saúde para os dependentes; redução substancial da população carcerária, em situação de cumprimento provisório ou definitivo; prejuízo ao orçamento público e os aspectos econômicos decorrentes do modelo repressivo, etc.

Com o escopo de garantir a efetividade no cumprimento das medidas educativas previstas nos incisos I, II e III do art. 28, permitiu que o juiz, verificando a recusa injustificada do agente em cumprir qualquer das medidas do dispositivo, proceda admoestação verbal (inciso I¹⁶, do §6º do art. 28) e multa (inciso II¹⁷, do §6º do art. 28).

Nos termos do art. 30¹⁸, a prescrição para o Estado processar e impor a execução das penas relativas ao art. 28, ocorre em 02 (dois) anos, observado o art. 107 do Código Penal. Até o início de vigência da Lei nº 12.234/10, o menor lapso prescricional previsto no Código Penal era de 02 (dois) anos, aplicável se o máximo da pena privativa de liberdade fosse inferior a 1 (um) ano (antiga redação do art. 109, VI, do CP). Com o advento da Lei nº 12.234/10, este dispositivo foi alterado, fixando-se o prazo de 3 (três) anos. A despeito da mudança produzida no âmbito do Código Penal, como o art. 30 da Lei de Drogas é norma especial — *lex specialis derogat lex generalis* — em relação ao art. 109, inciso VI¹⁹, do Código Penal, verifica-se que não houve qualquer alteração do prazo prescricional previsto para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, que continua sendo de 2 (dois) anos. (LIMA, 2018, p. 716)

O Título IV — *Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas* — se inicia com a regulação de necessidade de licença prévia da autoridade competente para produção, fabricação, etc, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua

¹⁶ Art. 28. [...] § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

¹⁷ II - multa

¹⁸ Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

¹⁹ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...]

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação da LEI Nº 12.234 / 05.05.2010) (Redação anterior) - VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

preparação²⁰. Essa autorização é disciplinada atualmente pela Portaria SVS/MS 344/1998, que nos termos do art. 2º deve ser concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Em relação às plantações ilícitas²¹, a Lei 11.343/06 passou por uma alteração feita pela Lei 12.961/14, e desde então o legislador passou a permitir e que a autoridade policial (Delegado de Polícia) imediatamente destrua as plantações, antes recolhendo quantidade suficiente para exame pericial, elaborando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, resguardadas as provas. A Carta da República impôs em seu art. 243²², sanção expropriatória em relação às glebas que cultivam plantações ilícitas, regulamentada no plano infraconstitucional pelo §4º²³ do art. 32.

A figura típica do Tráfico de drogas está prevista no art. 33²⁴, que criminaliza várias condutas (18 núcleos: *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas*) afetas ao comércio e circulação indevida de drogas, estipulando o legislador uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de dias-multa.

Outro tipo a ser observado é art. 34²⁵, segundo o qual criminaliza as condutas ligadas ao tráfico de maquinário para fabricação de drogas fora dos parâmetros autorizativos da lei. Pelo

²⁰ Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

²¹ Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

²² Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

²³ § 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

²⁴ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

²⁵ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

menos em regra, atos preparatórios não são puníveis. Como deixa entrever o art. 14, inciso II, do Código Penal, para que determinado crime seja punido a título de tentativa, é indispensável que haja pelo menos o início da execução. No entanto, em algumas situações, diante da relevância do bem jurídico tutelado, o legislador resolve transformar esses atos preparatórios em verdadeiros tipos penais especiais, fugindo à regra geral, a exemplo do que ocorre com o crime de petrechos para falsificação de moeda (CP, art. 291) e com o delito do art. 34 da Lei de Drogas, que, na verdade, antecipa a incidência do Direito Penal para abranger situações que ainda não teriam o condão de tipificar o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, caput, da Lei no 11.343/06 (LIMA, 2018, p. 750).

A associação para fins de tráfico é disciplinada no art. 35²⁶, definidos com a reunião de duas ou mais pessoas com a finalidade de cometer os crimes de tráfico e fabricação de drogas. Há ainda a figura da associação para fins de financiamento do tráfico consoante disposição do parágrafo único²⁷ do art. 35.

Diversamente do tipo penal de associação criminosa (art. 288²⁸ do CP), que demanda a presença de pelo menos 3 (três) pessoas, e do crime de organização criminosa constante do §1º²⁹ do art. 1º da Lei nº 12.850/13, cuja tipificação impõe a associação de pelo menos 4 (quatro) pessoas, a associação para fins de tráfico impõe o número mínimo de 2 (dois) agentes. Dentre eles, pouco importa a presença de um inimputável (v.g., menor de 18 anos) ou de um agente que não tenha sido identificado. Deveras, por mais que as autoridades policiais não tenham logrado êxito na identificação de todos os integrantes da associação, é perfeitamente possível que apenas um agente seja processado pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, desde que se tenha a certeza da existência do outro membro (LIMA, 2018, p. 753).

O art. 36³⁰ estabelece a tipificação do financiador ou custeador, aquele que sustenta os gastos, prover o capital necessário para o desenvolvimento do tráfico de drogas.

²⁶ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

²⁷ Art. 35. [...] Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

²⁸ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

²⁹ Art. 1º [...] §1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

³⁰ Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Na vigência da Lei nº 6.368/76, aquele que concorresse para o tráfico de drogas por meio de financiamento ou custeio responderia pelo crime de tráfico de drogas, então previsto no art. 12, em virtude da norma de extensão do concurso de agentes prevista no art. 29³¹ do Código Penal, porém com a pena agravada em virtude da circunstância prevista no art. 62³², I, do CP.

Em fiel observância a uma das recomendações da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de Viena (art. 3º, §1º, V³³), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Executivo nº 154/1991, o legislador da nova Lei de Drogas resolveu tipificar como crime autônomo a conduta daquele que financia ou custeia a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei nº 11.343/06. Portanto, aquele agente que antes era punido como mero partícipe do crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76), passa a responder pelo tipo penal autônomo do art. 36 da Lei nº 11.343/06. (LIMA, 2018, p. 758)

A Lei 11.343/06 inova em relação à Lei 6.368/76, tipificando no art. 37 a conduta daquele que colaborar³⁴, como informante, com grupo, associação ou organização criminosa destinados à prática de quaisquer dos crimes do art. 33, *caput* e §1º e 34. Como exemplo da figura típica do art. 37, temos o “fogueteiro do tráfico” que fica responsável por avisar, mediante o

³¹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

³² Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

³³ ARTIGO 3

Delitos e Sanções

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...]

5 - As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como:

- a) o envolvimento, no delito, de grupo criminoso organizado do qual o delinqüente faça parte;
- b) o envolvimento do delinqüente em outras atividades de organizações criminosas internacionais;
- c) o envolvimento do delinqüente em outras atividades ilegais facilitadas pela prática de delito;
- d) o uso de violência ou de armas pelo delinqüente;
- e) o fato de o delinqüente ocupar cargo público com o qual o delito tenha conexão;
- f) vitimar ou usar menores;
- g) o fato de o delito ser cometido em instituição penal, educacional ou assistencial, ou em sua vizinhança imediata ou em outros locais aos quais crianças ou estudantes se dirijam para fins educacionais, esportivos ou sociais;
- h) condenação prévia, particularmente se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte.

³⁴ Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 desta Lei:

acionamento de fogos de artifício ou similares, os traficantes acerca de eventual ação policial em determinada localidade por eles dominada.

A conduta criminosa descrita no art. 38³⁵, diz respeito à prescrição e ministração de drogas de modo culposo, nas modalidades: imprudência, imperícia e negligência. Trata-se de um crime próprio, pois o sujeito ativo do delito é restrito aos profissionais médicos, dentistas, farmacêuticos e de enfermagem. Diversamente do que ocorre com os outros tipos penais da Lei nº 11.343/06, punidos a título de dolo, a redação proposta pelo art. 38 pune apenas se praticado culposamente. Oportuno destacar que as mesmas condutas — *prescrever* e *ministrar* — na modalidade dolosa, figura-se dentre as hipóteses nucleares do tipo penal do art. 33.

Por fim, há também a figura criminosa³⁶ do sujeito que conduz embarcação ou aeronave após consumo de drogas, expondo a dano potencial a toda coletividade. Tal dispositivo possui correspondência com o art. 306³⁷ do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), para os casos de condução de veículos automotores.

Em relação às penas, o art. 40³⁸ institui as causas de aumento com variação entre um sexto a dois terços, em relação a práticas incrementadoras do tráfico de drogas, como por exemplo: quando o fato evidenciar transnacionalidade do delito; prevalecer o agente do exercício de função pública, poder familiar, vigilância ou guarda, para prática do delito; financiamento ou custeio da prática delituosa; etc.

Vistos os tipos penais mais importantes da Lei nº 11.343/06, passa-se a análise do procedimento da Lei de Drogas.

2.3. DIREITO PROCESSUAL DA LEI DE DROGAS

³⁵ Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

³⁶ Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

³⁷ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

³⁸ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

Nos termos do art. 394³⁹ do Código de Processo Penal (CPP), os procedimentos se dividem em duas grandes classes: os comuns e os especiais.

Procedimento especial são todos aqueles ritos previstos no âmbito do CPP ou de Leis Especiais para as hipóteses legais específicas, incorporando regras próprias de tramitação processual visando o processo e julgamento dos delitos que constituem o objeto de sua disciplina, como por exemplo: o procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518); o procedimento dos crimes contra a honra (arts. 519 a 523); o procedimento relativo aos processos de competência do tribunal do júri (arts. 406 a 497); o procedimento da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006); o procedimento dos crimes de competência originária dos tribunais (Lei 8.038/1990) etc.

INSERIR POLASTRI, BADARÓ e AURY

Procedimento comum é o rito padrão ditado pelo CPP para ser aplicado residualmente, ou seja, na apuração de crimes para os quais não haja procedimento especial previsto em lei (art. 394, § 2.^{o40}). De acordo com o art. 394, § 1.^{o41}, do CPP, o procedimento comum subdivide-se em três espécies, condicionando-se a respectiva aplicação à quantidade da pena máxima cominada *in abstracto* e, conforme o caso, à natureza da infração. Consistem: i) procedimento comum ordinário: adequado para a apuração de crimes cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade (art. 394, § 1.^o, I⁴²); ii) procedimento comum sumário: destinado à apuração de crimes cuja sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade (art. 394, § 1.^o, II⁴³), excluindo-se, porém, as que devam ser apuradas por meio do rito sumaríssimo; e iii) procedimento comum sumaríssimo: cabível em relação às infrações de menor potencial ofensivo, como tal definidas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 394, § 1.^o, III⁴⁴). Cuida-se, em verdade, do rito adequado à

³⁹ Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

⁴⁰ § 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

⁴¹ § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

⁴² I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

⁴³ II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

⁴⁴ III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

apuração das infrações de competência dos juizados especiais criminais, conforme dispõe o art. 61 da Lei 9.099/1995.

A Lei de Drogas regulamenta entre os artigos 50 e 59 o procedimento especial para os crimes previstos no Título IV da Lei, cuja pena máxima seja superior a 2 (dois) anos, independentemente de sua natureza, seja reclusão ou detenção. Assim, sendo a pena máxima prevista para um desses crimes igual ou inferior a 2 (dois) anos, como é o caso do art. 38 — 6 meses a 2 anos —, este delito passa a ser considerado infração de menor potencial ofensivo, devendo ser processado mediante o rito sumaríssimo estabelecido pela Lei nº 9.099/95.

Portanto, os crimes previstos na Lei de Drogas estão sujeitos a dois tipos de procedimentos: o procedimento comum sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo, assim definidas observando os quantitativos da pena *in abstracto* no art. 61⁴⁵ da Lei nº 9.099/95; e o procedimento especial da Lei de Drogas, previsto nas Seções I e II do Capítulo III do Título IV (art. 50 a 59), sem prejuízo da aplicação subsidiária do CPP e da Lei de Execução Penal (LEP).

2.3.1. Procedimento comum sumaríssimo aplicado aos crimes da Lei de Drogas

Tendo como parâmetro de referência a quantificação da pena, os crimes de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, caput), cultivo de drogas para consumo pessoal (art. 28, §1º), compartilhamento de drogas para consumo (art. 33, §3º) e a prescrição ou ministração culposa de drogas (art. 38) serão processados e julgados através do rito comum sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95.

Os crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal devem ser processados e julgados perante os Juizados Especiais Criminais, e não pelas varas especializadas para o julgamento do tráfico de drogas. Esta separação dos acusados é de fundamental importância, pois haveria evidente retrocesso se essas varas especializadas passassem a cumular competência criminal para julgar em um mesmo ambiente jurisdicional atividades preventivas de cunho terapêutico, fundadas em um modelo de justiça restaurativa que é voltada ao

⁴⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

acolhimento, à prevenção da reincidência, à atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.

Em relação à suspensão condicional do processo, benefício estabelecido no art. 89⁴⁶ da Lei nº 9.099/95, sua abrangência repercute inclusive para outras leis como se observa na parte final do dispositivo. Desta forma, incide sobre o porte e o cultivo para consumo pessoal (art. 28, *caput*, e §1º), compartilhamento (33, §§ 2º e 3º), prescrição e ministração culposa e condução de aeronave ou embarcação após o consumo de drogas (38, *caput* e 39, *caput*).

Quanto à prisão em flagrante e a lavratura do termo circunstanciado, o art. 48, §2º⁴⁷ da Lei de Drogas, o legislador com o objetivo claro de separar o usuário e o dependente de drogas do traficante, disciplinando que não se imporá prisão em flagrante nos casos do art. 28, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (v.g., laudo preliminar).

O fato do legislador no art. 48, §2º ter vedado a prisão em flagrante para os casos do art. 28, não significa que está vedada a captura e a condução coercitiva do agente. O que está proibido é a lavratura do auto de prisão em flagrante e o recolhimento ao cárcere, que no caso, serão substituídos pela lavratura do termo circunstanciado. Dispositivo que guarda semelhança com o art. 69⁴⁸ da Lei nº 9.099/95, também estabelecendo que, após a lavratura do termo circunstanciado, ao autor da infração de menor potencial ofensivo que for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de comparecer não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

⁴⁶ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁴⁷ Art. 89. [...] § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

⁴⁸ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Diversamente do que ocorre na Lei nº 9.099/95, em seu art. 69, que, em caso de recusa do agente em comparecer imediatamente ao Juizado ou em assumir o compromisso de comparecer impede a lavratura de termo circunstanciado, hipótese em que a Autoridade Policial deverá lavrar o auto de prisão em flagrante que, ressalvados os casos de concessão de liberdade provisória com fiança — caso a infração seja punida com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos⁴⁹ —, e a prisão em flagrante realizada aguardando-se a audiência de custódia nos termos da Resolução nº 213/2015⁵⁰ do Conselho Nacional de Justiça para verificação da possibilidade em conversão da prisão em flagrante e provisória nos termos do art. 312 do CPP. Já no caso da Lei de Drogas, considerando que o art. 28 (porte de drogas para consumo pessoal) não conta com pena privativa de liberdade, não há como se sustentar uma eventual prisão em flagrante se o próprio tipo penal só estipular medidas sancionatórias despenalizadoras.

As medidas cautelares diversas da prisão constantes dos artigos 319 e 320 do CPP, inovação introduzida por meio da Lei nº 12.403/11, apesar de viabilizar a aplicação de medidas alternativas, e, por vezes mais adequadas e eficientes do que a restrição da liberdade dependendo do caso concreto, não se aplicam aos casos de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) pelo fato de que este tipo penal não possuir no preceito secundário pena privativa de liberdade.

Outro instituto importante introduzido pelo art. 76⁵¹ da Lei nº 9.099/95, diz respeito a transação penal, que, também se aplica ao porte e cultivo de drogas para consumo pessoal, no entanto, nos limites quantitativos e temporais impostos dentre as sanções despenalizadoras do art. 28, por exemplo, no caso prestação de serviço à comunidade (28, §3º⁵²), há um limite de 05 (cinco) meses, de conseguinte não podendo o Ministério Público propor uma transação que ultrapasse este período de tempo.

⁴⁹ Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

⁵⁰ Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

⁵¹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

⁵² Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...]

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

O procedimento sumaríssimo de apuração das infrações de menor potencial ofensivo é simples, sendo regrado de forma objetiva nos arts. 77 a 83 da Lei nº 9.099/95.

Contudo, a cautela que se deve ter em sua aplicação diz respeito a como se poderá harmonizar a sequência de atos processuais ditada nos referidos dispositivos com o que consta no art. 394, §4.º, do CPP, que determina a aplicação dos arts. 395 a 397 em relação a todos os procedimentos penais de primeiro grau constantes do CPP e na legislação extravagante. Os artigos citados tratam em suma de: 395, causas de rejeição da denúncia e da queixa; 396, citação do réu, após o recebimento da denúncia ou da queixa, para apresentar resposta à acusação; 396-A, disciplina as teses possíveis de serem versadas na resposta à acusação; e 397, regulamenta a absolvição sumária do réu.

Em relação ao art. 395⁵³ do CPP, inexistente qualquer dúvida em relação à sua aplicação, não só no procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, como também em qualquer outro rito. O referido artigo dispõe acerca das hipóteses em que o Juiz pode rejeitar a denúncia ou a queixa, são elas: inépcia da denúncia (inciso I), falta de pressuposto ou condição para o exercício da ação penal (inciso II) e falta de justa causa para o exercício da ação penal (inciso III).

Em relação à aplicação do art. 396⁵⁴ do CPP é necessária uma análise mais cuidadosa diante da norma do art. 81⁵⁵ da Lei nº 9.099/95. Surge a dúvida em relação ao fato de estabelecer o art. 396 que a resposta do acusado será apresentada após recebida a denúncia ou a queixa, conflitando, de conseguinte, com a regra estabelecida no art. 81, ao determinar que tal resposta ocorrerá antes do recebimento da inicial.

Em relação a esse empasse, ensina **Norberto Avena (2018, p. 767)** que:

⁵³ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

⁵⁴ Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

⁵⁵ Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

REVER CITAÇÃO E ALTERAR O DOUTRINADOR.

Considerando que essas normas consagram momentos distintos para a apresentação da resposta do acusado e levando em conta que, de acordo com o que reza o próprio art. 81 da Lei 9.099/1995, os atos que constituem o procedimento sumaríssimo, após a citação do réu, deverão ser praticados na única audiência prevista para o rito, duas soluções se apresentam aqui:

a) Aplicam-se ao procedimento sumaríssimo tanto o art. 81 da Lei 9.099/1995 como o art. 396 do CPP: nesse caso, é necessário entender que, na audiência a que alude o citado art. 81 da Lei 9.099/1995, o juiz, antes de receber a inicial, possibilitará ao acusado apresentar a resposta prevista em tal artigo, oportunidade na qual poderá, inclusive, alegar qualquer das vertentes contempladas no art. 395 do CPP visando à rejeição da inicial. Recebida, porém, a denúncia ou a queixa, mais uma vez possibilitará o juiz ao advogado do acusado manifestar-se agora para que apresente a resposta prevista no art. 396 do CPP, abordando a eventual ocorrência das hipóteses mencionadas no art. 397 do CPP, cujo acolhimento pelo juiz ensejará a absolvição sumária (presença manifesta de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, atipicidade da conduta e presença de causa extintiva da punibilidade). Não acontecendo essa situação, terão início os atos de instrução.

b) Não se aplica ao procedimento sumaríssimo o disposto no art. 396 do CPP: seguindo-se essa orientação, deve-se compreender que, na audiência mencionada no art. 81 da Lei dos Juizados Especiais, antes de recebida a inicial, o juiz facultará ao advogado do acusado apresentar a resposta prevista nesse dispositivo, momento em que deverá abordar toda a matéria que interesse à defesa, vale dizer, tanto os motivos que poderão ensejar à rejeição da denúncia ou queixa (art. 395 do CPP) quanto aqueles que, no caso de recebimento da peça vestibular, poderão conduzir à absolvição sumária do acusado (art. 397). Sendo recebida a denúncia ou a queixa-crime e não absolvido sumariamente o réu, seguir-se-ão os atos instrutórios (oitiva da vítima, testemunhas etc.). Parece-nos que essa é a solução mais razoável e, inclusive, a que deve ter sido a intenção do legislador ao editar a Lei 11.719/2008, pois sem embargo da regra geral do art. 394, § 4.º (aplicação irrestrita dos arts. 395 a 397 a todos os procedimentos de primeiro grau), o próprio art. 396, ao tratar dessa resposta posterior ao recebimento da inicial, refere-se, unicamente, aos procedimentos ordinário e sumário, nada mencionando sobre o sumaríssimo. Além do mais, possibilitar duas defesas ao acusado (a prevista no art. 81 da Lei 9.099/1995 e a tratada no art. 396 do CPP) na única audiência que compõe o rito sumaríssimo é entendimento que vai de encontro à celeridade que deve informar o rito de apuração das infrações nos Juizados Especiais Criminais. E esse entendimento tem sido o trilhado por expressiva parcela da jurisprudência.

Quanto ao art. 397 do CPP, que dispõe acerca das hipóteses de julgamento antecipado do processo penal com a absolvição do acusado antes de iniciada a fase instrutória, apesar da regra do art. 394, §4º de que os artigos 395 a 398 aplicam-se a todos os procedimentos penais no primeiro grau, faz-se a opção por entendimento diverso no sentido da inaplicabilidade do art. 397 considerando que o art. 81 da Lei nº 9.099/95 — momento processual de exercício em defesa preliminar —, não há necessidade de obrigar o magistrado, após o recebimento da inicial, a examinar novamente a incidência das hipóteses de julgamento antecipado. Este momento se dá logo no início, momento seguinte ao oferecimento da inicial acusatória.

Seguindo o rito sumaríssimo, a Lei nº 9.099/95 estabelece a sequência de atos processuais a serem desenvolvidos:

i) oferecimento da denúncia ou queixa-crime oral: circunstância em que não foi possível a efetivação da transação penal;

ii) citação do acusado: estando presente o acusado à audiência em que oferecida a inicial acusatória, será imediatamente citado e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, de igual modo comunicados o Ministério Público, a vítima e seu advogado. Em caso de ausência, ordenará o magistrado a sua citação pessoal, comunicando-o acerca da audiência de instrução e a necessidade do seu comparecimento assistido por advogado, bem como trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação no prazo de até 5 (cinco) dias antes da data aprazada (art. 78, §1º⁵⁶). Importante destacar que no caso de impossibilidade de citação do acusado, considerando a impossibilidade de citação editalícia ou por hora certa no âmbito do Juizados, nos termos do parágrafo único⁵⁷ do art. 66, deverão ser encaminhados os autos ao Juízo Comum.

iii) audiência de instrução e julgamento: iii.a) se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de composição do conflito e de oferecimento de proposta de transação pelo Ministério Público, por imposição do art. 79⁵⁸, o Magistrado antes de iniciar o ato deverá tentar essa conciliação. Não obtendo êxito, dará sequência à audiência de instrução, procedendo aos seguintes atos: a) oportunidade da defesa responder à acusação: Facultará à defesa responder à acusação: trata-se da defesa prevista no art. 81, caput, da Lei 9.099/1995. Adotando-se o entendimento no sentido de que não são aplicáveis ao rito sumaríssimo os arts. 396 e 397 do CPP, é nessa defesa que poderá o defensor tratar das matérias referidas nos arts. 395 e 397 do Código, além de arguir preliminares, alegar tudo o

⁵⁶ Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

⁵⁷ Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

⁵⁸ Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

que interessa à defesa, oferecer documentos e acostar justificações, art. 396-A do CPP; b) rejeitará ou receberá: oferecida a resposta do acusado, o juiz, na mesma solenidade, poderá rejeitar liminarmente a peça acusatória, fundamentando-se em qualquer das situações previstas nos arts. 395 (hipóteses de rejeição da acusação) e 397 (casos de absolvição sumária) do CPP; c) inquirição de testemunhas e interrogatório do acusado: aplicação do art. 81, §1º⁵⁹; d) debates orais: *caput* do art. 81, na prática é comum a substituição dos debates orais por memoriais escritos a serem apresentados em prazo estipulado pelo Magistrado, em que pese tal substituição não tenha previsão normativa; e e) sentença: a sentença será proferida em audiência logo após o término dos debates orais (art. 81, parte final). Em razão da natureza célere do Juizados, o legislador optou por dispensar o relatório (art. 81, §3º⁶⁰), contudo, permanece a necessidade de se fundamentar e motivar toda e qualquer decisão judicial (art. 93⁶¹, IX da CF).

A seguir, será tratado o procedimento especial previsto na Lei nº 11.343/06, rito destinado ao processamento das condutas diversas das infrações de menor potencial ofensivo, cujo objeto jurídico tutelado esteja previsto na Lei de Drogas, são eles: artigos 33, *caput*, §§ 1º e 2º, 34, 35, 36, 37 e 39.

2.3.2. *Procedimento especial aplicado aos crimes da Lei de Drogas*

Antes de adentrar no procedimento especial, importantes considerações devem ser feitas na fase investigativa, merecendo atenção aos artigos 50 a 53 da Lei nº 11.343/06.

Nos casos de prisão em flagrante, necessário se faz a análise imediata acerca da convalidação judicial da prisão, momento em que o magistrado verifica a (i)legalidade da prisão (art. 5º,

⁵⁹ Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

⁶⁰ Art. 81. [...] § 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

⁶¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

LXV⁶² da CF), as hipóteses de liberdade provisória (art. 5º, LXVI⁶³ da CF) ou converter a prisão em flagrante em preventiva, estando presentes os requisitos do art. 312⁶⁴ do CPP e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319⁶⁵ do CPP.

Esse momento da análise inicial acerca da (i)legalidade da prisão e eventual convalidação em preventiva, desde de 2015, por meio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça CNJ, se dá através da Audiência de Custódia.

A Audiência de Custódia⁶⁶ possui natureza jurídica de instrumento procedimental que determina que toda pessoa presa em flagrante deva ser levada e apresentada à autoridade judicial, no menor prazo possível, para que a mesma avalie a legalidade da prisão e a necessidade da sua manutenção. Trata-se de um direito humano de apresentação a uma Autoridade Judicial competente, tutela essa que tem origem normativa no art. 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Nova York), de 16 de dezembro de 1966, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992

⁶² Art. 5º. [...] LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

⁶³ Art. 5º. [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

⁶⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁶⁵ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Redação da LEI Nº 12.403/04.05.2011)

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

⁶⁶ Adotamos essa nomenclatura em razão da forma como ficou conhecida no Brasil, porém considerando se tratar de ato pelo qual a pessoa presa em flagrante deve ser apresentada a autoridade judicial, melhor seria a utilização do termo *audiência de apresentação*, cunhado pelo Ministro Luiz Fux ao examinar temática no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

e no art. 7^{o67}, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (San José, Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, internalizado pelo Decreto nº 678⁶⁸ de 06 de novembro de 1992.

O art. 50⁶⁹, o legislador disciplinou a forma como deve proceder diante de uma situação de estado flagrancial, impondo a autoridade da polícia judiciária comunicar imediatamente ao juiz competente acerca do ocorrido, do qual será dada vista em 24 (vinte e quatro) horas ao órgão do Ministério Público. Quanto a materialidade, basta o laudo de constatação (§1^{o70}) da natureza e quantidade da droga — de cunho provisório —, assinado por perito oficial ou, não sendo possível, por pessoa idônea. No momento da elaboração do laudo definitivo (§2^{o71}), não ficará impedido de participar o perito que firmou o laudo provisório.

Com o advento da Lei nº 12.961, de 04 de abril de 2014, o tema prova da materialidade em relação as drogas ganha novos contornos, passando a ser permitida a destruição de drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, mediante certificação e determinação prévia do Magistrado que recebe o auto de prisão em flagrante (art. 50, §3^{o72}). Nos termos do §4^o e 5^{o73} do art. 50, a formalidade de destruição das drogas será efetivada, no prazo de 15 (quinze) dias, pela autoridade policial na presença da autoridade sanitária e do Ministério Público.

⁶⁷ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁶⁸ Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível no site da Presidência da República em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 28.09.2018.

⁶⁹ Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

⁷⁰ Art. 50 [...] § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

⁷¹ Art. 50. [...] § 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

⁷² Art. 50. [...] § 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo.

⁷³ Art. 50. [...] § 4º A destruição das drogas será executada pelo delegado de polícia competente no prazo de 15 (quinze) dias na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária.

§ 5º O local será vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas referida no § 3º, sendo lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia, certificando-se neste a destruição total delas.

Para os casos de ausência de estado flagrancial, estabelece o art. 50-A⁷⁴ o prazo de 30 (trinta) dias para realização do procedimento de destruição previsto no art. 50, §§3º a 5º.

A fase inquisitorial deve ser concluída em 30 (trinta) dias estando o indiciado preso, e em 90 (noventa) quando solto, salvo nos casos de prorrogação precedido de pedido justificado.

Ao término da fase inquisitorial, elaborará a Autoridade Policial relatório circunstanciado a ser encaminhado para o Juízo, sem prejuízo de eventuais realizações de diligências complementares necessárias e úteis nos termos do parágrafo único⁷⁵ do art. 52.

Com a finalidade de instrumentalizar a persecução penal, a Lei de Drogas possibilita a utilização de 2 (dois) procedimentos investigativos: a infiltração de agentes da polícia (art. 53, I⁷⁶) e a não-atuação policial temporária — ação controlada — visando a identificação e responsabilidade de um maior número de integrantes de operação de tráfico e distribuição de drogas (art. 53, II⁷⁷).

Importante destacar neste contexto o instituto da colaboração premiada prevista no art. 41⁷⁸ da Lei nº 11.343/06. Cuida-se de instrumento de facilitação ao desmantelamento das práticas criminosas definidas pela Lei de Drogas, auxiliando tanto na fase investigativa, quanto durante o processo criminal, auxiliando na identificação dos envolvidos e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

⁷⁴ Art. 50-A. A destruição de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contado da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, aplicando-se, no que couber, o procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50.

⁷⁵ Art. 52. [...] Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

⁷⁶ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

⁷⁷ Art. 53. [...] II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁷⁸ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Outra inovação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não formalmente por lei, por meio da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 07 de agosto de 2017, com a redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, diz respeito ao acordo de não persecução penal, quando cominada a pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante o cumprimento de algumas condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente, nos termos do art. 18⁷⁹ da referida Resolução.

Os institutos da transação penal, da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal serão melhor analisados e contextualizados no decorrer da pesquisa, auxiliando na compreensão das insuficiências do processo criminal da Lei de Drogas e permitindo maior promoção de justiça.

Na sistemática dos arts. 48 a 59 da Lei de Drogas, o procedimento de apuração das infrações é bastante simples: oferecida a denúncia pelo Ministério Público, segue-se a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, em dez dias (art. 55, caput), momento em que poderá arguir preliminares, invocar teses defensivas, acostar documentos e arrolar testemunhas (art. 55, § 1.º). Apresentada a defesa, decidirá o juiz pela rejeição ou pelo seu recebimento da denúncia (art. 55, § 4.º). Se receber a inicial, designará data para audiência de instrução e julgamento, ordenando a citação pessoal do acusado (art. 56). Nessa audiência, o réu será interrogado, realizando-se, em seguida, a inquirição das testemunhas. Encerrada a instrução, procede-se aos debates orais, primeiro a acusação, depois a defesa (art. 57).

⁷⁹ Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Encerrados os debates, será proferida sentença pelo Juiz ou, se não o fizer de imediato, no prazo de dez dias (art. 58).

Merece destaque, considerando o teor do art. 394 §4º do CPP de aplicação a todos os procedimentos em primeiro grau, o ato processual relativo ao interrogatório do acusado, porquanto no procedimento previsto na Lei de Drogas o interrogatório está previsto para antes da produção do restante da prova oral, enquanto que no rito comum ordinário, houve o seu deslocamento para o momento posterior à produção da prova oral em audiência (art. 400⁸⁰, 411⁸¹ e 531⁸² do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08). Circunstância, esta, bastante favorável ao acusado já que, em regra, os depoimentos das testemunhas são prestados diante do réu e, não bastasse, tem ele, antes de iniciar o seu interrogatório, direito de entrevista reservada com seu defensor (art. 185, § 5.º, do CPP), prerrogativas estas que permitem, ao prestar sua versão dos fatos, adequá-la ao relato das testemunhas, contrapor esses relatos, justificar fatos narrados etc.

Quanto ao impasse em relação ao momento de realização do interrogatório do acusado no procedimento da Lei de Drogas, tanto o Supremo Tribunal Federal⁸³ quanto o Superior Tribunal de Justiça⁸⁴ fixaram o entendimento no sentido de que o interrogatório, após a reforma legislativa de 2008, passa a ser o último ato da instrução mesmo nos procedimentos regidos por lei especial.

⁸⁰ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

⁸¹ Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

⁸² Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

⁸³ STF - HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016.

⁸⁴ STJ - HC: 397382 SC 2017/0093424-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 04/05/2017

2. DIGNIDADE HUMANA E RECONHECIMENTO

A proposta do presente capítulo reside no esforço de compreensão da noção de dignidade humana, valor estrutural de uma sociedade civilizada, sem o qual não se permite o reconhecimento do indivíduo que dela faz parte. Neste sentido, a dignidade humana se apresenta como sua condição existencial, cujo desrespeito atinge quaisquer dos atributos de formação inerentes ao ser humano, sujeito de direitos na ordem social.

O reconhecimento, por sua vez, na linha teórica apresentada no Axel Honneth, apresenta-se permeado em meio aos fatos da vida social, estabelecendo-se como um imperativo recíproco à medida em que os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando apreendem a se conceber, num ambiente normativo de respeito entre os parceiros de integração como seus destinatários sociais.

2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1.1. *Genealogia e conceituação*

A compreensão de que a pessoa humana, individualmente considerada ou em grupo, pode ser definida como parâmetro de classificação social capaz de distingui-la dos demais seres é historicamente recente.

Salienta o antropólogo belga Claude Lévy-Strauss (1973, p. 383), em povos que vivem à margem do que se convencionou classificar como civilização, inexistente palavra que exprima o conceito de ser humano. Os integrantes do grupo são chamados “homens”, mas os estranhos ao grupo são qualificados por outra denominação, restando claro que se cuida de indivíduos de uma espécie animal diferente.

O surgimento da ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens, ocorreu durante o período axial da História, compreendido entre o ano 800 a.C. e o ano 200 a.C. (JASPERS, 1953). No entanto, foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. (COMPARATO, 2003, p. 12)

Compreende Fábio Konder Comparato que essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, indistintamente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

Para Comparato, há três momentos históricos que merecem destaque em relação à discussão conceitual do ser humano.

O primeiro debate se inicia entre os doutores da Igreja, mas não em relação ao ser humano, e sim da identidade de Jesus Cristo: uma, ordotoxia, que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina, e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus foi efetivamente gerado pelo Pai, não tendo uma natureza consubstancial a este. Decidiram ao término, que Jesus Cristo apresentava duplo natureza, a humana e a divina, numa única pessoa, vale dizer, numa só aparência. Em razão dessa conclusão, não se considera na concepção religiosa de mundo que a expressão *pessoa humana* é um pleonismo.

A segunda fase histórica da elaboração do conceito de pessoa se inaugura com Boécio, no início do século VI, entendendo que diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional. Assim, a pessoa já não é uma exterioridade, como a máscara de teatro, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico, é dizer, a forma que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade.

E a terceira fase na elaboração teórica da conceituação de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, é oriunda da filosofia kantiana. O primeiro postulado ético de Kant é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis e princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada como razão prática.

A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, denomina-se ordem ou comando (*Gebot*) e se apresenta por meio de um imperativo. Para Kant, há duas espécies de imperativo: i) de um lado, o hipotético, que representa a necessidade de prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado; e ii) do outro lado,

o categórico, que representa uma ação como sendo necessária para si mesma sem relação com finalidade alguma, exterior a ela.

A dignidade da pessoa não resulta apenas da ideia de que ela é diferente de coisas, um ser racionalmente considerado, mas também emana do fato de que, por sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, logo, como ser capaz de se guiar pelas leis que ele próprio cria. (COMPARATO, 2003, p. 21)

A percepção de Thiago Fabres de Carvalho em relação à dignidade humana, traduz o sentido de que ela sempre existiu, independente da capacidade e da possibilidade de apreendê-la pelo pensamento, uma vez que esse valor opera como existencial, e não como “fundamento” metafísico da ordem político-social (CARVALHO, 2014, p. 30). A dignidade humana, por assim dizer, age como exercício de descrição dos fenômenos existenciais, consubstanciados pelos sentimentos de situação e pela compreensão, que desde sempre acompanham o ser humano na sua condição de ser na comunidade em que vive (STRECK, 2004).

Os primeiros indícios de preocupação com a proteção do ser humano no continente europeu datam do século XVIII, com a abolição da tortura⁸⁵ como meio de prova e o estabelecimento das primeiras normas jurídicas de abolição da escravidão⁸⁶ como direito de propriedade.

No século seguinte, XIX, surge no âmbito internacional os primeiros movimentos de preocupação da comunidade global em relação à dignidade humana com o apoio à proibição do tráfico de escravos. Destaque para criação da Cruz Vermelha, marco embrionário do direito internacional humanitário.

Dois outros importantes fatos aconteceram nesse período: a) a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em 1863; e no ano seguinte, na cidade de Genebra, a Convenção para melhoria das condições dos feridos e dos enfermos das forças armadas em campanha, modificada em 1899, com a ampliação do grupo de pessoas, passando a englobar os feridos e enfermos náufragos das forças armadas no mar.

⁸⁵ Na Prússia, em 1754; na Suécia, em 1772; na Áustria e Boêmia, em 1776; na França, em 1789. (ALMEIDA, 2018, p. 18).

⁸⁶ Em 1794, a França aboliu a escravidão nas suas colônias e, em 1807, no seu território.

Assevera Guilherme de Assis Almeida que os acontecimentos acima, juntos, formaram um grupo de temas de direitos humanos que se relacionam com a necessidade de proteção da integridade física e psíquica da pessoa a partir daquele momento histórico e, de certo modo, que já se caracterizava como conquistas evolutivas.

Esses fatos ocorridos — abolição da escravidão como direito de propriedade de uma pessoa em relação à outra; proibição do tráfico negreiro, proibição da tortura como meio de prova; e, a proteção de feridos e enfermos das Forças Armadas em Campanha e no mar e naufragos das Forças Armadas no Mar — se relacionam diretamente com a edição de normas proibitivas nos planos nacional e internacional que tinham o escopo de tutelar a proteção da pessoa. (ALMEIDA, 2018, p. 20).

Há um fato muito relevante e singular na história política da França que merece atenção, tendo em vista sua influência no processo de compreensão e valoração da dignidade da pessoa. Cuida-se do *caso Dreyfus* (1894 a 1906), em que um oficial, capitão do exército Francês, Alfred Dreyfus, foi injustamente acusado e condenado por traição, cumprindo pena de prisão na Ilha do Diabo, Guiana Francesa, sendo revista sua condenação anos depois e ele inocentado, pois restou provado não ter sido ele o verdadeiro autor do fato. O caso tinha um viés político e ideológico considerando que o capitão Dreyfus era de origem judaica e a cúpula militar francesa da época se utilizou de documentos falsos para, por meio do judiciário (tribunal militar) condená-lo, e com essa condenação simbólica fortalecer o discurso nacionalista e antisemita. Foram várias as violações de direitos a qual Dreyfus ficou sujeito, como: provas falsas, cumprimento de pena de prisão indevida, condenação sumária sem cognição exauriente, impossibilidade de exercício efeito de contraditório e ampla defesa, etc. Tais violações, anos depois confirmadas pela história e o reconhecimento de que Dreyfus era inocente, contribuíram fundamentalmente para o surgimento de diplomas normativos internacionais e nacionais que, alcançando a importância da valoração da dignidade da pessoa, estabelecem normas jurídicas e de convivência social que tutelassem o núcleo social mais importante, o ser humano.

É neste contexto histórico, que surge a expressão cunhada por Émile Durkheim: a *sacralidade da pessoa*, pensamento ligado à ideia de aceitação da moralidade mínima de reconhecimento para o sistema jurídico e social daquela época.

A afirmação da sacralidade da pessoa contribuiu para a elaboração de uma nova narrativa determinante para o surgimento de um processo de generalização desse valor que ocorreu na oportunidade da elaboração da redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). (ALMEIDA, 2018, p. 22)

Alicerçado nos pensamentos de moralidade de Kant e Rousseau externados na Declaração dos Direitos do Homem (1789), Émile Durkheim eleva o standart de moral como uma premissa elementar para toda humanidade, no sentido de que qualquer um que atente contra a vida de um homem, sua liberdade ou sua honra provoca-nos um sentimento de horror, exatamente análogo àquele que experimenta o crente que vê seu ídolo ser profanado. Tal moral não é simplesmente uma disciplina higiênica ou uma sensata economia da existência, mas uma religião em que o homem é, ao mesmo tempo, o fiel e o Deus. (DURKHEIM, 2017, 45)

A noção de sagrado é definida de forma negativa segundo Guilherme Assis de Almeida. Pontua o autor que sagrado é o que não deve ser profanado, atingido, danificado; vale dizer, o que não pode ser objeto de violência. Sagrado é algo que possui uma aura de não violência. A percepção da sacralidade da pessoa indica uma mudança de mentalidade em relação a ela, que tem como um de seus marcos históricos a abolição da tortura como meio de prova, no século XVIII. (ALMEIDA, 2018, p. 31)

Para o autor, é importante lembrar que nas relações jurídicas pré-modernas o reconhecimento da pessoa — enquanto sujeito, e não objeto — está ligado ao pertencimento a um determinado estamento, de forma que os direitos e deveres individuais são estabelecidos no âmbito da estrutura social de cooperação, o que em termos práticos, significa que nem todo indivíduo era reconhecido como pessoa. (ALMEIDA, 2018, p. 32)

Com a evolução da ciência do direito, os sistemas jurídicos sofrem transformações e os direitos se desacoplam do estamento ao qual o ser humano estava vinculado, ou seja, há uma nítida desvinculação da pessoa à classe social que pertence na estrutura da sociedade. Com isso, o reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos, antes ligados à importância que determinada pessoa representava econômica, social e politicamente, passa a se bastar unicamente pelo entendimento universalizado da relevância do ser humano, como um ser social e, portanto, sujeito a ter direitos.

Pela complexidade e incalculáveis variantes inerentes à natureza da pessoa, humanamente considerada, a dignidade é o valor fundante que deve ser levado em consideração toda vez que se está diante de ofensa ou ameaça a direitos ligados à pessoa. Tal compreensão fortalece a premissa da inadmissibilidade de nenhuma forma de violação, desrespeito, privilégio ou tratamento desigual, em relação à pessoa humana.

É inegável, do ponto de vista das conquistas sociais, sobretudo, diante dos fatos históricos de graves violações ao ser humano nos últimos dois séculos que, paulatinamente, as nações concebidas em sua formação política e organizacional como Estados de Direito, (re)estruturasse seus ordenamentos normativos e sociais imbuídos de valores e postulados com escopo na proteção à pessoa.

Em termos conceituais, Brunela Vieira de Vincenzi examina a dignidade humana sob duas dimensões: moral e jurídica. A necessidade de respeitar e cuidar do florescer da dignidade humana, seja no âmbito da filosofia moral mais atual, seja no âmbito do direito interno e internacional, mesmo intuitivamente e desprendida de todo e qualquer contexto, é inegável. (VINCENZI, 2013)

Como conceito moral, a política de proteção à dignidade humana tem por objetivo estabelecer que as instituições sociais não violem o já conquistado autorrespeito e a autoestima de cada indivíduo, importando dizer, que elas devem proteger os cidadãos de toda e qualquer experiência (negativa) de humilhação. A humilhação do ser humano é a forma mais comum de imputar-lhe dor, sendo o começo de toda desumanidade.

A análise do conteúdo e espectro do conceito jurídico da dignidade humana retoma o seu conteúdo ético-moral. Inicialmente, a dignidade humana traz consigo o valor social e a pretensão de respeito, consideração e estima que são devidos à pessoa em razão da sua condição humana (VINCENZI, 2013), esta, compreendida sob a construção teórica de condição humana em Hannah Arendt (2019, p. 01/26).

O conceito jurídico de dignidade humana, por sua vez, é o pendor interpretativo de todo o arcabouço democrático dos direitos e garantias constitucionais internalizado pela ordem jurídica estatal. Assim, de conceito moral, passa a dignidade humana, no âmbito interno, a valer também como conceito jurídico, que há de ser efetivado pelo Poder Judiciário, em

especial a partir de interpretação e aplicação diretiva dos Tribunais Constitucionais. (VINCENZI, 2013)

Faz-se necessário em sequência a análise acerca da natureza jurídica e as funções da dignidade humana.

2.1.2. Natureza jurídica e funções da dignidade humana

Além da antropologia e religião estudarem a dignidade humana, foi na filosofia que a sua compreensão se aperfeiçoou ao longo dos séculos, construindo ideias como o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de realizar escolhas morais e determinar seu próprio destino.

Por meio da filosofia moral, em termos éticos, a dignidade humana é um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem e à conduta correta. Ao longo do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político das nações mais potentes e se tornou um projeto político, um objetivo a ser alcançado por instituições internacionais e nacionais.

Neste contexto, percebe-se uma dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidade, assim como os correlatos deveres de terceiros. (BARROSO, 2016, p. 61)

Pelo fato da dignidade humana, naquele momento histórico, ter sido consagrada em diversos documentos e tratados internacionais e também em constituições nacionais, ocorreu uma migração dos valores morais e o projeto político — incorporação da dignidade humana nos discursos políticos — para o direito.

Com os resultados de grandes violações a direitos inerentes ao ser humano e barbáries vividas no final do século XIX e até quase a metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, é que houve uma efetiva ascensão da dignidade humana como um conceito jurídico, forjada por uma mudança fundamental no pensamento jurídico acerca dos fatos.

Conforme os dois pilares do pensamento jurídico clássico — a *summa divisio* entre o direito público e o privado e a crença no formalismo e no raciocínio puramente dedutivo — começaram a ruir, a interpretação jurídica fez um movimento decisivo na direção da filosofia moral e política. (BARROSO, 2016, p. 62)

Muito embora na Alemanha⁸⁷ haja uma visão dominante (porém, questionada) em conceber a dignidade como um valor (cláusula) absoluto prevalecendo em qualquer circunstância, como regra geral de direito, não cabe falar em valores absolutos, ainda que seja plenamente justificável e razoável que a dignidade humana normalmente prevaleça em detrimento de outros valores também importantes.

Valores, sejam políticos ou morais, em razão de sua densidade axiológica são incorporados ao direito assumindo a forma de princípios. Para BARROSO, os valores, por óbvio também subjazem às regras. Mas, nesse caso, o julgamento valorativo já foi feito pelo legislador quando criou a regra, considerada como uma norma objetiva que prescreve um determinado comportamento. Os princípios, por outro lado, são normas mais abstratas, que oferecem razões, deixando mais espaço para os juízes e as cortes determinarem o seu significado nos casos concretos. (2016, p. 64)

Assim, a forma mais adequada de se classificar a dignidade humana quanto a sua natureza jurídica é como um princípio jurídico com *status* constitucional, ao invés de categorizá-la como um direito autônomo.

Princípios são normas que contêm imposições de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade. Diversamente das regras, os princípios não se aplicam na modalidade tudo ou nada, e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Eles têm uma dimensão de peso e quando colidem é fundamental considerar a importância específica de cada um deles naquela situação concreta. (DWORKIN, 2010, p. 14-45)

Em razão da magnitude e ampla carga valorativa, se observa algumas funções da dignidade humana merecedoras de análise.

⁸⁷ V. 27 *BVerfGE* 1 (caso Microcensus) e 30 *BVerfGE* 173 (1971) (caso Mefisto).

Há um primeiro papel da dignidade humana, o da legitimação moral. Afirma-se por intermédio dessa função que a dignidade constitui princípio legitimador, conferindo fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica, ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana, e não contrário. (SARMENTO, 2016, 78). Para Luís Roberto Barroso, como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. (2016, p. 64)

No século XX, após fatos históricos de atrocidades em relação ao ser humano, barbáries e Guerras Mundiais, as sociedades contemporâneas do pós-guerra não mais ancoravam a legitimidade do Direito e do Estado em construções tradicionais de cunho religioso ou metafísicas.

Nesse contexto, a legitimidade Estatal e da ordem jurídica passaram a se pautar por duas ideias fundamentais: a democracia e o respeito aos direitos humanos.

Tais ideias se alimentam da compreensão que nutre o princípio da dignidade, qual seja, as pessoas têm de ser respeitadas como iguais e tratadas como sujeitos e não como objeto. É dizer, um Estado autoritário em que o governo não se perfaça de acordo com o consentimento dos governantes, ensejando violações maciças a direitos elementares e degradação institucionalizada do ser humano, carece de legitimidade. (SARMENTO, 2016, p. 79)

Como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha também uma função hermenêutica extremamente relevante, servindo de valor-fonte para os processos de interpretação, aplicação e integração do direito.

Na hierarquia dos valores consagrados no vértice de relevância jurídica entre os princípios fundamentais da Carta, o valor da pessoa humana identifica o de estatura mais elevada. Daí decorre a necessidade jurídica de identificar no princípio não apenas parâmetro interpretativo, mas, além disso, o valor cuja atuação positiva deve orientar axiologicamente o sistema jurídico inteiro. (PERLINGIERI, 2001, p. 06)

Dentro do campo interpretativo, a dignidade da pessoa humana serve também como um importante de critério para ponderação quando se apresenta uma situação de conflitos entre interesses constitucionais. Pela técnica da ponderação de princípios se atribui um peso maior aos bens jurídicos mais relevantes para a proteção e promoção da dignidade, enquanto o peso menor aos interesses mais distantes do princípio.

Como desdobramento no campo hermenêutico, observa Daniel Sarmento outras funções derivadas da dignidade humana, como: fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados (cláusula aberta). (2016, p. 82)

Além da constatação da necessidade de mantermos uma abertura interpretativa do instituto para o exercício da hermenêutica, inerentes as peculiaridades do caso concreto, e, também, não fechado, preciso, pois se assim o fosse, tal delimitação certamente não abrangeria todas as hipóteses necessárias ao respeito e a não violação da pessoa, tornando-se importante o exame do seu conteúdo.

2.1.3. Qual o conteúdo da dignidade humana?

Antes da análise e compreensão do presente item, é preciso atentar para uma premissa: em razão da complexidade da natureza do homem, se torna impossível uma delimitação precisa dos limites e possibilidades capazes de preencher corretamente o conteúdo da dignidade humana. Para citar algumas variáveis a serem consideradas nessa análise temos: a história e cultura do local onde a pessoa está inserida, valores morais, (não)religiosos e sociais daquela comunidade, aspectos econômicos, políticas públicas, enfim, há uma gama de fatores que exigem atenção para se aferir um conteúdo, talvez, mínimo, da dignidade humana.

Há, porém, alguns atributos inerentes ao ser humano que podem ser reunidos em um núcleo essencial a todo e qualquer sujeito social, como Luís Roberto Barroso denomina é o valor intrínseco do conteúdo mínimo da dignidade da humana (BARROSO, 2016, p. 76-78). A vida, sem dúvida, é o mais importante desses atributos, sem o qual tem-se a inexistência da pessoa. A integridade física e psíquica, por sua vez, protege a pessoa sob o viés biológico, físico e mental, é o atributo que serve ao cuidado com o corpo humano. A liberdade permite a pessoa, o ir e vir, a ação e a omissão de determinado ato, o exercício do pensamento, a fruição

de ideias. A igualdade, formal e material (substancial), perante o sistema normativo vigente, no sentido de que todas as pessoas têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Também como fator decorrente da igualdade, implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental — o direito à não discriminação — e no respeito pela diversidade cultural, linguística ou religiosa (direito ao reconhecimento em HONNETH).

A dignidade humana visa a proporcionar uma proteção integral à pessoa, e não a tutelar aspectos previamente fragmentados da sua personalidade e dos seus direitos. Em razão disso, deve ser dotada de suficiente flexibilidade interpretativa a fim de poder atender ao ônus de sua importância.

Então, diante de um valor fundamente indeterminado, uma cláusula geral de proteção à pessoa detentora de imensurável carga axiológica, emerge o esforço legítimo de definição, ainda que mínimo e variável caso a caso, do seu conteúdo material.

No Brasil, a exemplo de vários países que internalizaram a dignidade da pessoa humana como valor fonte em seus ordenamentos jurídicos, se identifica também experiências negativas de abusos em sua utilização, ora banalizando seu uso, ora a invocando sem critério e fundamentação, estando tais usos indevidos desconexos do verdadeiro sentido do postulado.

Para reflexão, Daniel Sarmento propõe dois questionamentos: como aplicar um princípio sem saber o que ele prescreve? Como emprega-lo como vetor hermenêutico sem conhecer a direção em que aponta? (SARMENTO, 2019, p. 90). Qual o conteúdo da dignidade humana?

Para Ingo Wolfgang Sarlet tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2013, p. 37)

Em suas análises, o autor percebe a dignidade da pessoa humana sob duas dimensões: i) uma dimensão ontológica da dignidade, relacionada ao valor intrínseco do ser humano; e ii) e outra, a dimensão intersubjetiva, vinculada às relações sociais em que a pessoa se insere, pautado pelo reconhecimento (em HONNETH) recíproco de direitos e deveres.

Maria Celina Bodin de Moraes compreende a pessoa na comunidade como um substrato material da dignidade. Para a autora, cuida-se de sujeito moral que reconhece a existência de outros sujeitos iguais merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica, dotado de autodeterminação, integrante de um grupo social no qual não pode ser marginalizado. (MORAES, 2010). A autora, com olhar no agir moral do sujeito, o observa como membro de uma comunidade em que precisa ser reconhecido e, ao mesmo tempo, reconhecer os outros membros da sociedade no âmbito das relações intersubjetivas.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, propõe a construção de um conceito universal da dignidade humana, desenvolvendo ao que denominou de conteúdo mínimo da dignidade humana, se alicerçando em três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. (BARROSO, 2016, p. 72-87)

O valor intrínseco concretiza a ideia de jamais tratar a pessoa como apenas um meio e compreende vários direitos básicos, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física. Este elemento se assemelha à ideia de dimensão ontológica da dignidade de Sarlet.

O segundo elemento, a autonomia, deve ser considerada tanto numa vertente privada, consistente na autogovernabilidade da pessoa, com liberdade para o exercício de escolhas e decisões cotidianas, quanto numa vertente pública, seguimento em que a pessoa tem o direito à participação na esfera pública no que tange as deliberações democráticas. Além da participação, o viés público, abrange o mínimo existencial, garantindo os pressupostos materiais para o exercício das liberdades.

E o terceiro, o valor comunicativo, também chamado de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. (BARROSO, 2016, p. 87). Segundo autor, esse valor

confere à dignidade humana uma dimensão heterônoma, ensejando restrições às liberdades individuais voltadas à proteção de direitos de terceiros (aspecto social do coletivo), da dignidade do próprio indivíduo e de valores morais compartilhados em comunidade.

Ressalta Daniel Sarmiento que o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana, que resulta de uma análise da ordem constitucional brasileira guiada pela moralidade crítica.

Para o autor, trata-se de pessoa vista como fim em si, e não como mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade e de terceiros; como merecedora do mesmo respeito e consideração que todas as demais, e não como parte de um estamento na hierarquia social; como agente autônomo, e não como ovelha a ser conduzida por qualquer pastor; como ser racional, mas que também tem corpo e sentimentos, e por isso experimenta necessidades materiais e psíquicas; como ser social, imerso em relações intersubjetivas fundamentais para a sua identidade, e não como indivíduo atomizado e desenraizado. (SARMENTO, 2016, p. 92)

Com base nessas considerações, o autor identificar os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: i) valor intrínseco da pessoa, que veda a instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; ii) a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; iii) a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; iv) o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e v) o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

Por vinculação estrita ao objeto de pesquisa proposto pela pesquisa, não se pretende exaurir a discussão acerca do conceito e conteúdo ontológico da dignidade da pessoa humana, por esta razão adota-se a abordagem científica feita por Daniel Sarmiento, visto que mais criteriosa e completa.

Para além do conteúdo, é preciso se examinar como o Estado Brasileiro adota a dignidade da pessoa humana em sua formação política.

2.1.4. A dignidade humana: ordem internacional e o ordenamento jurídico brasileiro

A história narra que a dignidade humana, embora difundida desde o início da contemporaneidade (Revolução Francesa, 1789), toma relevo significativo como prioridade em documentos jurídicos a partir do final da segunda década do século passado. Esse movimento de juridicização do valor dignidade humana se inicia na Constituição do México em 1917 e com a Constituição alemã da República de Weimar em 1919⁸⁸.

A Constituição brasileira de 1934, dispunha em seu art. 115 que *“a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”*. Pela leitura do dispositivo constitucional não havia uma positivação da dignidade humana como valor-fonte para todos os seguimentos da sociedade, mas já ditava o tom no âmbito da ordem econômica para a necessidade de ser possibilitar *“a todos existência digna”*.

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser incorporada nos mais importantes documentos internacionais, como: a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007).

Em razão da sua importância simbólica para a humanidade, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu preâmbulo enuncia *“[...] que o reconhecimento*

⁸⁸ Outras Constituições menos conhecidas do período anterior à Segunda Guerra Mundial possuíam referências à dignidade humana, em seus preâmbulos e por vezes no corpo dos textos, como a do Equador de 1929, as da Irlanda e da Estônia em 1937 e da Nicarágua de 1939.

da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

No período pós Segunda Guerra Mundial, várias constituições⁸⁹ passaram a apresentar disposições que exigiam a proteção da dignidade, ora em preâmbulos, ora no próprio texto constitucional.

É internacionalmente reconhecido que a ascensão da dignidade humana, como um conceito jurídico, tem suas origens mais diretas no Direito Alemão. A Lei Fundamental de 1949 preconiza do artigo 1º que *“A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”.*

Baseados nessas disposições, o Tribunal Constitucional Federal Alemão e os juristas alemães desenvolveram uma jurisprudência e um arcabouço teórico que influenciam decisões judiciais e escritos doutrinários por todo o mundo. (BARROSO, 2016, p. 21) Apesar de parcela de juristas criticarem o caráter absoluto da dignidade humana na Alemanha, predomina o posicionamento no sentido de que tal valor é inviolável absolutamente, impondo-se como escopo fundamental e sob o qual deve ser o principal paradigma de controle de constitucionalidade para aquele sistema normativo.

Nas palavras de Jürgen Habermas:

É interessante a circunstância de que somente após o final da Segunda Guerra Mundial, o conceito filosófico da dignidade humana, que entrou em cena já na Antiguidade e adquiriu em Kant a sua acepção válida atualmente, tenha sido introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor. Em contraposição à suposição de que foi atribuída retrospectivamente uma carga moral aos direitos humanos por meio do conceito de dignidade humana, pretendo defender a tese de que, desde o início, mesmo que ainda primeiro de modo implícito, havia um vínculo conceitual entre ambos os conceitos. (HABERMAS, 2012, p. 9-11)

A concluir o autor:

O apelo aos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação da sua dignidade. Depois de dois séculos de história conceitual moderna, reconhecemos melhor o que marcou esse desenvolvimento desde o início: a

⁸⁹ Como as da Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria, Suécia, Irlanda, Índia, Canadá e muitas outras.

dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito. A ideia de dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta o valor moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática, de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem fundamentada nos direitos humanos. (HABERMAS, 2012, p. 17-18)

Importante ressaltar que, não obstante o movimento de internalização do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana tenha alavancado no pós Segunda Guerra Mundial, já era possível verificar a essência do valor à preocupação e proteção da pessoa nos séculos XVIII e XIX, com discussão de temas como autonomia, igualdade e necessidade de limitação do poder estatal.

No âmbito do direito brasileiro, a vigente Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, inciso III⁹⁰, bem como em outras (artigos 170, 226, §7º, 227 e 230⁹¹) passagens do texto constitucional.

Na ordem internacional, o Brasil ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico quase a totalidade dos documentos jurídicos internacionais de direitos humanos, que contêm a referência à dignidade humana como mote. Isso demonstra a preocupação e o compromisso do Estado brasileiro com a proteção da pessoa.

Outra importante conquista que merece destaque em sede constitucional é aplicabilidade imediata das normas que tratam de direitos e garantias fundamentais, tendo como referência principal a dignidade humana (art. 5º, §1º⁹² da CF/88). Tais normas expressamente

⁹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a **dignidade da pessoa humana**;

⁹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua **dignidade** e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁹² Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

positivadas na CF, não excluem outras derivadas de princípios, regimes jurídicos ou normas internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º⁹³ da CF/88).

Por fim, tratando-se de normas constitucionais sob o prisma da dignidade humana, com o advento da reforma constitucional realizada através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, destaque também merece o art. 5º, §3º⁹⁴, ao reconhecer o status de normas constitucionais às normas internacionais de direito humanos, quando internalizadas mediante devido processo legislativo similar às emendas constitucionais.

Embora haja todas essas previsões expressas no texto constitucional, a implementação do valor maior da proteção da pessoa ao Estado brasileiro enfrenta sérios problemas que, mesmo tendo passado mais de três décadas de início de vigência da nova ordem constitucional, dificulta a tentativa de universalização da dignidade humana.

Na esfera social, as pessoas são e sempre foram percebidas no Brasil como seres situados, inseridos numa teia de relações sociais constitutivas de sua identidade. Contudo, esse enraizamento nunca funcionou como um elemento emancipatório — no sentido kantiano da expressão —, que propiciasse proteção mais integral aos direitos e necessidades das pessoas vulneráveis. (SARMENTO, 2016, p 59).

Em verdade, ocorre o inverso, um enraizamento de feições pré-modernas, em que o status jurídico da pessoa se relaciona a classe social, cor, profissão, relações familiares e de amizade do indivíduo. Com isso, aflora um dos maiores e mais críticos obstáculos sociais, a desigualdade.

Assim, é no processo de universalização que se vislumbra o aspecto mais patológico do processo de afirmação da dignidade humana no Brasil. Permanecem em nossas reações sociais marcas fortemente hierárquicas, que se apresentam na assimetria entre as pessoas em relação ao acesso a direitos e respeito aos deveres estabelecidos na ordem jurídica.

⁹³ Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹⁴ Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Do ponto de vista histórico, é inegável nosso progresso enquanto Estado Constitucional Democrático a partir da Constituição Cidadã de 1988, notadamente em relação ao respeito às direitos e garantias fundamentais, todavia, permanecemos distantes do ideal de obediência máxima ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário carecedor de conquistas de direitos e reconhecimento, atribui-se tal déficit à permanência em nossa sociedade dos padrões de desigualdade formal e material.

Observa Daniel Sarmiento que se trata de uma desigualdade multidimensional, que não diz respeito apenas à elevada concentração de renda. Ela também se manifesta em outros planos, como na falta de acesso universal às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e particulares, na plutocratização⁹⁵ da política e no desrespeito às diferenças identitárias. (2016, p 60)

Além dos pobres — possivelmente o grupo social mais atingido pelo componente econômico — a desigualdade também estigmatiza outros grupos vulneráveis, como: os negros, os indígenas, as mulheres, os homossexuais, os investigados, os presos e as pessoas com deficiência.

A desigualdade brasileira subverte a própria ideia de Estado de Direito na compreensão de Oscar Vilhena Vieira. Segundo o autor, a profunda desigualdade existente no Brasil é responsável pela sedimentação de um modelo de sociedade em que convivem a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei. (VIEIRA, 2008, p. 191-216)

Outro ponto importantíssimo no esforço de se diagnosticar fatores afetos às violações de direitos ligados à pessoa no Brasil, diz respeito à cultura difundida e míope ao observar, dentro de comunidade composta por sujeitos rigorosamente iguais do ponto de vista de sua natureza, mas imbuídos de diferenças sociais, são capazes de difundir um discurso para justificar violações à dignidade humana, como nos exemplos: i) caso de pessoas que se encontram em cumprimento — definitiva ou provisoriamente — de pena no país; ii) pessoas em situação de

⁹⁵ Expressão derivada do termo Plutocracia, que por sua vez tem origem na sociologia. Traduz a ideia de dominação da classe capitalista, detentora dos meios de produção, circulação e distribuição de riquezas, sobre a massa proletária, mediante um sistema político e jurídico, que assegura àquela classe, o controle social e econômico. (FERREIRA, 1986)

uso abusivo de drogas, compreendidas tanto aquelas que fazem uso recreativo, quanto aquelas em situação de dependência química.

Importante consideração feita por Ana Paula Barcellos a respeito de como a dignidade humana é aplicado no Brasil. Segundo a autora a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo faz ou tem, do que a simples circunstância de se tratar de um ser humano. Os profissionais que trabalham no sistema de promoção de justiça brasileira, carregam suas influências culturais forjadas nesse ambiente de desigualdade, o que acaba por influenciar por essa mesma concepção não ontológica da dignidade da pessoa humana, na formação dos seus convencimentos e na escolha de suas prioridades, pessoais e profissionais. (BARCELLOS, 2010, p. 39-65). Por esta lógica distorcida, e, portanto, desalinhada do real fundamento da tutela protetiva da pessoa, os presos e dependentes químicos, por exemplo, não são dignos, logo, seus direitos mais elementares não precisam ser assegurados.

Como bem sintetizado por Daniel Sarmiento, em relação à dignidade humana é possível identificar a ação de três processos históricos importantes de sua concretização ao longo dos séculos. Em primeiro, de atributo das elites na antiguidade, a dignidade se tornou na modernidade um predicado atribuído universalmente a todas as pessoas. Em segundo, passou-se visar na contemporaneidade não mais o sujeito abstrato e insular do Iluminismo e do liberalismo-burguês, mas a pessoa concreta e situada, com as suas necessidades materiais e psicológicas, imersa em relações intersubjetivas. E por último, a dignidade humana deixou de ser apenas um valor religioso e moral, para se consolidar em princípio jurídico vinculante, que ocupa posição central na ordem constitucional de muitos Estados, como é o brasileiro. (SARMENTO, p. 68)

A dignidade humana, portanto, é a condição mínima baseada na existência do ser humano, dotada de complexa carga axiológica e, para além de uma construção moral e cultural, é também um conceito jurídico que deve ser considerado como valor-fonte de todos os demais direitos e garantias do ser humano social, inserido em um Estado de Direito.

Dentre os elementos formadores da dignidade humana encontra-se o reconhecimento, forma de interação social entre o sujeito — ser social sujeito a direitos e deveres na ordem jurídica — e a sociedade em que vive, merecendo destaque como próximo item, visto que, a partir

dele é possível se identificar claramente as violações de direitos inerentes ao processo penal da Lei de Drogas, objeto empírico da presente pesquisa que será analisado no próximo capítulo.

2.2. RECONHECIMENTO

O reconhecimento, como no tópico anterior referenciado como um dos elementos formadores da dignidade humana, em razão de sua imensa relevância na compreensão de fenômenos sociais e das autorrelações entre as pessoas de direito, será analisado à luz da teoria crítica da Escola de Frankfurt, Alemanha, partindo-se do referencial teórico de Axel Honneth.

No desenvolvimento de sua Teoria do Reconhecimento, Honneth adota como ponto de partida os estudos teóricos de George Herbert Mead e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, identificando suas origens, psicologia social e filosofia, respectivamente, destacando os processos de mudança social e reportando às pretensões normativas estruturalmente definidas nas relações de reconhecimento intersubjetivo, sob o viés social.

Dois estudos merecem apontamento inicial: Luta por reconhecimento (*Kampf um Anerkennung*) e O direito da liberdade (*Das Recht der Gesellschaft*). Honneth trabalha nesses textos: o reconhecimento como standard axiológico da moral, estabelecido a partir de três esferas, salientando a importância da dimensão de intersubjetividade social, na qual as instituições estão inseridas, no primeiro; e no segundo, analisando o contexto europeu, o texto foca na proposta metodológica de reconstrução normativa como ferramenta para a análise da sociedade, ao mesmo tempo em que, a utiliza como proposta para uma teoria de justiça.

2.2.1. Estrutura das relações sociais de reconhecimento: esferas do amor, respeito e estima

Para tanto, Honneth estrutura as relações sociais de reconhecimento em três esferas: o amor, o respeito e a estima.

Na esfera do amor, reporta-se à primeira fase do desenvolvimento infantil, período constitutivo do processo de interação através do qual mãe e filho se interrelacionam.

Valendo-se da construção científica do psicanalista Donald Woods Winnicott, Honneth caracteriza a primeira fase, aquela relação de comunidade simbiótica que principia logo depois do nascimento como *dependência absoluta*. Ela significa que os dois parceiros de interação – mãe e filho – dependem aqui, na satisfação de suas carências, inteiramente um do outro, sem estar em condições de uma delimitação individual em face do respectivo outro. (2009, p. 165). O final desta fase é marcado pela des-adaptação graduada da mãe, em relação ao seu filho, que passa a ampliar reflexos condicionados e desenvolve a capacidade de diferenciar cognitivamente o próprio ego e o ambiente.

Desse modo, a pessoa da mãe passa a ser vivenciada pela primeira vez como algo no mundo que não está sob o controle da própria onipotência, significando para a criança, uma percepção germinal de sua dependência: ela sai da fase da *absoluta dependência*, passando ao novo estágio de interação, o da *dependência relativa*. Nesta fase, ocorrem todos os passos decisivos no desenvolvimento da capacidade infantil para a ligação, constitui-se na relação entre mãe e filho aquele *ser-si-mesmo em um outro*, o qual pode ser concebido como padrão elementar de todas as formas maduras de amor. (HONNETH, 2009, p. 168)

No próximo período de relacionamento, a criança começa a perceber que a mãe já não mais pode estar à sua disposição em decorrência do novo aumento de autonomia de ação, passando a se reconhecer como um ser com direito próprio. A partir daqui, a criança, mesmo ainda pequena, se tornar capaz de resolver tarefas na medida em que seu ambiente social lhe permite a fruição de dois mecanismos psíquicos que servem em comum à elaboração afetiva de novas experiências: a destruição e os fenômenos transicionais.

O primeiro mecanismo é interpretado, por Honneth, a partir dos estudos da psicanalista Jessica Benjamin. Constata a psicanalista que os fenômenos de expressão agressiva da criança nesta fase acontecem na forma de uma espécie de luta, que ajuda a criança a reconhecer a mãe como um ser independente com reivindicações próprias. A mãe precisa, por outro lado, aprender a aceitar o processo de amadurecimento que a criança está passando. Mediante essa experiência de reconhecimento recíproco, mãe e filho começam a vivenciar também uma experiência de amor recíproco sem regredir ao estado simbiótico (2009, p. 170)

A criança, porém, só estará em condições de desenvolver o segundo mecanismo se ela tiver desenvolvido com o primeiro mecanismo uma experiência elementar de confiança na

dedicação da mãe. Então, com base nos estudos de Winnicott, Honneth esboça os princípios fundamentais do primeiro nível de reconhecimento. Quando a criança experimenta a confiança no cuidado paciente e duradouro da mãe, ela passa a estar em condições de desenvolver uma relação positiva consigo mesma. (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008) Honneth denomina esta nova capacidade adquirida pela criança de autoconfiança (*Selbstvertrauen*). Com o desenvolvimento dessa aptidão, a criança está em condições de desenvolver de forma sadia a sua personalidade.

O desenvolvimento da autoconfiança é visto por Honneth como a alicerce das relações sociais entre adultos, perfazendo o reconhecimento na esfera do amor, o núcleo fundamental de toda a moralidade, logo, de igual forma, também é a base da autonomia necessária para a participação na vida pública. (2009, p. 176)

É na esfera do respeito que se identifica as diversas formas de não reconhecimento da pessoa em suas relações, oriundas de violações ou supressões de direitos. Assim, será reconhecida a pessoa como sujeito de direito, a partir da garantia de respeito aos seus direitos nas autorrelações empreendidas perante o Estado a qual pertence.

Com o advento do direito moderno, também é possível encontrar uma nova forma de reconhecimento. Honneth, demonstrar que o tipo de reconhecimento característico das sociedades tradicionais é aquele ancorado na concepção de *status* social: em sociedades desse tipo, um sujeito só consegue obter reconhecimento jurídico quando ele é reconhecido como membro ativo da comunidade e apenas em função da posição que ele ocupa nesta sociedade. (2009, p. 183)

O autor identifica na transição para a modernidade uma espécie de mudança estrutural na base da sociedade, correspondente a uma mudança estrutural nas relações de reconhecimento: ao sistema jurídico não é mais permitido atribuir exceções e privilégios às pessoas da sociedade em função do seu *status*. O sistema jurídico deve combater os privilégios e exceções. O direito então deve ser geral o suficiente para levar em consideração todos interesses de todos os participantes da comunidade.

Partindo dessa premissa, a análise de direito que Honneth procura desenvolver consiste basicamente, em explicitar o novo caráter, a nova forma do reconhecimento jurídico que

surgiu na modernidade, em que junto com o surgimento de uma moral, numa sociedade pós-tradicional, houve também uma separação da função do direito e daquela da comunidade de valores (*Wertgemeinschaft*).

Na teoria de Rudolph Von Ihrering e na tradição kantiana de diferenciação de duas formas de respeito (*Achtung*), principalmente com base nos estudos de Stephen L. Darwall, Honneth encontra elementos para determinar a diferença entre *direito* e *juízo de valor*. Os sujeitos de direito precisam estar em condições de desenvolver sua autonomia, a fim de que possam decidir racionalmente sobre questões morais. (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008)

A luta por reconhecimento deveria então ser vista como uma pressão, sob a qual permanentemente novas condições para a participação na formação pública da vontade vêm à tona. Honneth esforça-se, naturalmente influenciado pelos escritos de T. H. Marshall (1967), para mostrar que a história do direito moderno deve ser reconstruída como um processo direcionado à ampliação dos direitos fundamentais. (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008)

Honneth sustenta que as três esferas dos direitos fundamentais, diferenciadas historicamente, são o fundamento da forma de reconhecimento do direito. Por conseguinte, reconhecer-se reciprocamente como pessoas jurídicas significa hoje muito mais do que no início do desenvolvimento do direito: a forma de reconhecimento do direito contempla não só as capacidades abstratas de orientação moral, mas também as capacidades concretas necessárias para uma existência digna. (2009, p. 193) É dizer, a dimensão do reconhecimento jurídico cria as condições que permitem ao sujeito desenvolver autorrespeito (*Selbstachtung*).

Na esfera do reconhecimento do direito, são postas em relevo as propriedades gerais do ser humano e suas autorrelações em relação ao direito e o Estado a qual pertença.

No caso da valoração social, são destacadas as propriedades que tornam o indivíduo diferente dos demais, ou seja, as propriedades de sua singularidade. Aqui, Honneth parte do princípio de que a terceira forma de reconhecimento — a estima —, deve ser considerada um tipo normativo ao qual correspondem as diversas formas práticas de relativas a autoestima (*Selbstschätzung*). (2009, p. 198)

Discordando no ponto de Mead e Hegel que consideram a existência de um horizonte valorativo e intersubjetivo compartilhado por todos os membros da sociedade como condição de existência da forma de relacionamento, ora denominada *solidariedade*, Honneth apresenta opinião contrária, qual seja, que com a transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna surge um tipo de individualização que não pode ser negado. (2009, p. 199)

Desta forma, a terceira esfera do reconhecimento deveria ser vista como um meio social a partir do qual as propriedades diferenciais dos seres humanos venham à tona de forma genérica, vinculativa e intersubjetiva. Identifica-se um segundo nível desta terceira esfera do reconhecimento. No nível de integração social se encontram valores e objetivos que funcionam como um sistema de referência para a avaliação moral das propriedades pessoais dos seres humanos e cuja totalidade constitui a autocompreensão cultural de uma sociedade. A avaliação social de valores estaria permanentemente determinada pelo sistema moral dado por esta autocompreensão social. Esta esfera de reconhecimento está vinculada de tal forma em uma vida em comunidade que a capacidade e o desempenho dos integrantes da comunidade somente poderiam ser avaliadas intersubjetivamente. (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008)

Similar à esfera de reconhecimento jurídico, Honneth analisa a transição da sociedade de tipo tradicional para a moderna como uma espécie de mudança estrutural desta terceira esfera de reconhecimento: assim que a tradição hierárquica de valoração social, progressivamente, vai sendo dissolvida, as formas individuais de desempenho começam a ser reconhecidas. (2009, p. 203)

Honneth parte do pressuposto de que uma pessoa desenvolve a capacidade de se sentir valorizada somente quando suas capacidades individuais não são mais avaliadas de forma coletivista. Daí decorre que uma abertura do horizonte valorativo de uma sociedade às variadas formas de autorrealização pessoal somente se dá com a transição para a modernidade. Em função dessa mudança estrutural existe, porém, no centro da vida moderna uma permanente tensão, um permanente processo de luta, porque nesta nova forma de organização social há, de um lado, uma busca individual por diversas formas de autorrealização e, de outro, a busca de um sistema de avaliação social (2009, p. 205).

Para Giovani Saavedra e Emil Sobottka, essa espécie de tensão social que oscila permanentemente entre a ampliação de um pluralismo valorativo que permita o desenvolvimento da concepção individual de vida boa e, a definição de um pano de fundo moral que sirva de ponto de referência para avaliação social da moralidade, faz da sociedade moderna uma espécie de arena na qual se desenvolve ininterruptamente uma luta por reconhecimento: os diversos grupos sociais precisam desenvolver a capacidade de influenciar a vida pública a fim de que sua concepção de vida boa encontre reconhecimento social e passe, então, a fazer parte do sistema de referência moral que constitui a autocompreensão cultural e moral da comunidade em que estão inseridos. Além disso, com o processo de individualização das formas de reconhecimento surge nesta esfera de reconhecimento a possibilidade de um tipo específico de autorrelação: a autoestima (*Selbstschätzung*). (2008)

Do ponto de vista prático, é necessário encontrar na relações sociais hipóteses de concretização da tipologia tripartite negativa da estrutura das relações sociais de reconhecimento, que necessitam cumprir duas tarefas visando aplicar a Teoria do reconhecimento: a primeira, para cada esfera de relação de reconhecimento deve surgir um equivalente negativo, com o qual a experiência de desrespeito possa ser esclarecida, seguindo a estrutura da forma de reconhecimento correspondente; e a segunda, a experiência de desrespeito deve ser alicerçada de tal modo em aspectos afetivos do ser humano, que a sua capacidade motivacional de desencadeamento de uma luta por reconhecimento venha à tona. (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008)

Honneth exemplifica cada uma das formas de reconhecimento e seu respectivo equivalente normativo, sendo: i) na esfera do amor, forma de desrespeito como maus-tratos (*Mißhandlung*) e violação (*Vergewaltigung*); ii) na esfera do respeito/direito, forma de desrespeito como privação de direitos (*Entrechtung*), violação de autonomia, igualdade e injustiça; e iii) na esfera da solidariedade, corresponde a forma de desrespeito da degradação moral (*Entwürdigung*) e da injúria (*Beleidigung*). (2009, p. 211)

Após análise detalhada da dignidade humana e do reconhecimento, passamos a análise dos efeitos práticos e da importância da aplicação dos institutos ao problema de pesquisa.

2.3. DIGNIDADE HUMANA E RECONHECIMENTO

Como valor fundante de um Estado Democrático Constitucional, a dignidade humana se apresenta umbilicalmente única ao reconhecimento, sob todas suas esferas, mas, sobretudo, à esfera do respeito-direito.

Análises psicológicas que estudam as pessoas depois de passarem por experiências de tortura e estupro frequentemente falam de ‘morte psicológica’. Pesquisas relacionadas ao processo coletivo de negação de direitos e ostracismo social, que usam a escravidão como agora rotineiramente trabalham com o conceito de ‘morte social’. (ALMEIDA, 2018, p. 20)

Dialogando com Honneth, Guilherme de Assis Almeida salienta que para o autor, uma moralidade do reconhecimento é fundamentada em normas proibitivas. Dito de outro modo, o reconhecimento do indivíduo como pessoa demanda o impedimento legal de violação do seu direito de integridade física e psíquica. (2018, p. 20)

De modo similar à Lei Fundamental Alemã, o poder constituinte originário brasileiro consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Simbolicamente, o fato de tal escolha legislativa traduz os anseios da sociedade do seu tempo, não sendo admissível quaisquer violações ou exclusões de direitos e, sobretudo, impondo um comando hermenêutico de cunho moral e jurídico a todos os demais dispositivos insertos no ordenamento jurídico vigente, o respeito ao valor-fonte de tutela do ser humano, imbuído da força normativa constitucional.

O desenvolvimento da concretização do conceito jurídico pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que acopla ao conteúdo jurídico também uma carga moral, traz para o direito a necessidade de reconhecimento do ser digno e humano. A indexação constitucional do conceito jurídico de garantia humana funciona, assim, como bloqueio de qualquer potencial de humilhação institucional dos seres humanos. (2013)

É usual falar-se numa dignidade humana genética, constitutiva do próprio estado humano desde o nascimento de cada ser. Também se usa falar que a dignidade humana é o resultado de um ato de reconhecimento recíproco entre indivíduos numa ordem jurídica. (VINCENZI, 2013)

É a dignidade humana que permite lutar pelo reconhecimento na esfera do direito quando o ser humano é tratado como objeto e não como sujeito, quando a sua identidade e a estrutura da sua personalidade são desrespeitadas, quando pessoas são tratadas de forma diferenciada, com discriminação, ou ainda, quando o ser humano é visto como um prejuízo financeiro e não como um ser humano. (VINCENZI, 2013)

Incorporar normativamente, através da Lei Maior de um Estado, a dignidade de todos os seres, independentemente da raça, nacionalidade, sexo, religião, cor, é conceder ao ser humano pertencente àquela comunidade, a possibilidade de desenvolvimento livre, autônomo e esclarecido, de todos os aspectos de sua identidade e personalidade. Traduz em uma política pública civilizatória formal e materialmente constitucional e, ao mesmo tempo, propiciando os instrumentos hábeis ao exercício da luta pelo reconhecimento afetivo, jurídico e social.

A conscientização da dignidade da pessoa é o reconhecimento de si próprio como ser humano. O desenvolvimento e respeito devido pelo Estado e todas as suas instituições transporta o reconhecimento para a esfera pública, possibilitando a todos o debate e a luta pelo reconhecer e ser reconhecido. Somente com o amparo do arcabouço jurídico constitucional é que, no entender de Brunela Vieira de Vincenzi, o ser consciente da sua completude — identidade, personalidade e direitos — pode expandir-se efetivamente na sociedade em suas relações pessoais, de trabalho e de direitos. (2013)

Assim, em síntese, não só pode, como é devido associar a dignidade humana como um atributo da pessoa reconhecida. O sujeito de direito na ordem constitucional só reconhece como tal, se em relação a ele for respeitados e garantidos seus direitos.

Como elemento empírico da pesquisa, será apresentado no próximo capítulo os aspectos processuais penais da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) que, através da leitura sob a vertente da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento, serão demonstrados casos de violações de direitos e garantias constitucionais ao indivíduo submetido a este tipo de processo judicial, bem como, em suas fases pré-processuais.

A título de provocação, são propostas as seguintes indagações: A atual Lei 11.343/2006 trata o dependente químico como sujeito de direito ou como mero objeto? Há efetivo contraditório durante todo o desenrolar da persecução penal Estatal? Em relação a produção de provas, é

garantido seu pleno exercício através do direito fundamental à ampla defesa? Como fico o ônus da prova nestes tipos de processo?

Portanto, o capítulo seguinte tem por finalidade analisar o microssistema processual penal referente às drogas, especialmente a Lei nº 11.343/2006, sobretudo no sentido de verificar sua compatibilidade com o valor-fonte da dignidade humana, fundamento da Carta Cidadã de 1988, os direitos e garantias fundamentais, bem como, as políticas públicas de reconhecimento na esfera do respeito-jurídica.

A dignidade da pessoa humana é, pois, valor-fundamente constitucional e principal motriz concretizadora das relações intersubjetivas inerentes à Teoria do reconhecimento e à promoção de justiça no Estado brasileiro.

3. O MICROSSISTEMA PROCESSUAL DAS DROGAS: UM OLHAR CRÍTICO A PARTIR DA DIGNIDADE HUMANA E DO RECONHECIMENTO

Inicialmente, insta justificar que, por obediência à área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES, bem como, da vinculação fiel aos objetivos traçados no projeto de pesquisa, não se pretende dissertar sobre todos os aspectos processuais penais no tocante às drogas e suas contextualizações com os referenciais e premissas teóricas elaboradas nos capítulos antecedentes, mas, tão somente aqueles utilizados como recorte metodológico e debatidos no presente capítulo.

Como elemento empírico posto em análise, após pesquisa em doutrina e jurisprudência, pontua-se como destaque necessários ao resguardo da dignidade humana e ao reconhecimento na esfera respeito-jurídico as seguintes abordagens: nas fases pré-inquisitoriais, inquisitoriais e processuais, como a justiça brasileira atua nos delitos sujeitos aos procedimentos criminais na Lei nº 11.343/2006, Lei de Drogas; a pessoa humana, sujeito de direito, submetido ao procedimento da Lei de Drogas; o contraditório efetivo e a persecução penal; produção de provas e ampla defesa, ônus da prova (invertido?)

A pesquisa, diante da verificação de tantas violações de direitos em variadas frentes examinadas, submete a persecução processual penal da Lei de Drogas à uma abordagem crítica sob o olhar da dignidade humana e reconhecimento na esfera do respeito-jurídica.

3.1. CONTRADITÓRIO EFETIVO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: É POSSÍVEL?

Na história do direito processual (MITIDIERO, 2015, p. 21-52; MADUREIRA, 2015, p. 253-256), a doutrina sempre se preocupou com a natureza jurídica do processo, principalmente na distinção entre procedimento e processo. Ainda no século XIX, sob a égide do Estado Liberal de Direito, Oskar Von Bülow (1964, p. 01-09) defendeu o processo como uma relação jurídica distinta da relação jurídica de direito material.

No entanto, o Estado Liberal foi superado pelo Estado Social, e este pelo Estado Democrático Constitucional, o qual, tem como um de seus fundamentos a possibilidade de contraditar os fatos e sustentar teses jurídicas, o que exigiu do direito processual uma conceituação de processo que se adequasse àquele fundamento.

Neste contexto, Elio Fazzalari critica a incapacidade de os processualistas perceberem que o elemento distintivo entre procedimento e processo reside no contraditório. Partindo dessa premissa, Fazzalari aponta que o procedimento consiste na concatenação de atos processuais e, quando se desenvolve em observância ao contraditório, há um processo. Logo, o procedimento é um gênero, do qual o processo é espécie, desde que presente o contraditório. (FAZZALARI, 2006, p. 109-125)

A fim de lapidar tal distinção, Fazzalari analisa o conceito de procedimento sob três ângulos distintos: i) sob o ângulo de *norma*, o procedimento consiste numa sequência de normas, que vai até a norma reguladora de um ato final, normas estas que regulam determinada conduta e a qualifica como direito ou obrigação, e que pressupõe, para a própria aplicação, que uma atividade regulada por outra norma da sequência tenha sido cumprida; ii) sob o ângulo de *ato*, o procedimento é uma sequência de atos previstos e valorados pelas normas; iii) sob o ângulo de *posição jurídica*, o procedimento é uma sequência de faculdades, poderes ou deveres interligados. (FAZZALARI, 2006, p. 113-114)

Já o processo consiste no procedimento desenvolvido em estrutura dialética, mediante a observância do contraditório, em que os possíveis destinatários dos efeitos do ato final do procedimento são habilitados a participar em sua formação, isto é, os que podem ser afetados pelo ato final podem, dialeticamente, influir na formação de tal ato (FAZZALARI, 2006, p. 118-119). Daí se dizer, com base na distinção mencionada, que o contraditório é o valor-fonte do processo (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 182-183).

Interessante notar que o conceito de processo de Fazzalari não repele a ideia de relação jurídica processual, inaugurada por Bülow, nem de concatenação de atos processuais, senão apenas demonstra que o conceito de processo não pode ter por ênfase elementos tão formais e burocráticos. Em vez disso, Fazzalari conceitua o processo em função do contraditório, que abre um espaço de diálogo entre as partes para a solução do conflito (BURGO, 2014, p. 94-95).

Ademais, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar o Estado Democrático Constitucional, promoveu grande virada de influências políticas, ensejando a caminhada para uma democracia pluralista e abriu as portas para que o cidadão participe das tomadas de decisões

estatais, razão pela qual o processo, por si só, deve ser entendido como direito fundamental de participação e instrumento de democracia direta (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 52, 107-109).

Feita a distinção entre procedimento e processo, torna-se necessária uma análise do procedimento inquisitorial (inquérito policial), suas finalidades e características, a fim de estabelecer sua natureza jurídica.

A partir de lições doutrinárias, é possível identificar o inquérito policial como uma série de diligências com o objetivo de colher elementos de informação a respeito da materialidade delitiva e sua autoria, que sirvam de subsídio para o titular da ação penal dar início ao processo penal, na sua fase judicial.

O inquérito policial, portanto, vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido por delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 110).

É necessário salientar, tecnicamente, que no âmbito do inquérito policial há a coleta de elementos de informação, e não de provas. Tal distinção se deve ao fato de somente ser entendido como prova quando sua produção se dá mediante contraditório judicial, nos termos do art. 155⁹⁶, *caput*, do Código de Processo Penal. Diferentemente, os “elementos de informação” são colhidos, no inquérito policial, sem a observância do contraditório, razão pela qual, em regra, não servem de fundamento às decisões judiciais.

Trata-se, portanto, de conferir ao inquérito policial um valor probatório relativo. Conforme Aury Lopes Jr., o inquérito policial é composto de atos de investigação, e não de atos de prova, com objetivo endoprocedimental e pré-processual, apenas para o desenvolvimento do próprio inquérito policial, se referindo a uma hipótese (e não uma afirmação), para formação de um juízo de probabilidade e não de certeza (LOPES JUNIOR, 2014, p. 220-228).

⁹⁶ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ademais, majoritariamente a doutrina destaca como característica do inquérito policial a inquisitorialidade, no sentido de que “não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa” (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.120). No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 114), Norberto Avena (2011, p. 160), Fernando Capez (2012, p.119), dentre outros, afirmam a inexistência de contraditório no inquérito policial, enquanto outros autores, como Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.54), verificam que, *de lege lata*, o inquérito policial não possui contraditório, porém, *de lege ferenda*, seria importante a sua inserção.

Em razão de tais características, especialmente a inquisitorialidade e a ausência de contraditório, a doutrina, de forma majoritária, defende que a natureza jurídica do inquérito policial é de procedimento administrativo, e não de processo.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social em meados do século XX, o processo também deixa de ter feição liberal, como “coisa das partes”, e passa a ter característica social, com maior interferência do Estado-juíz. A ampliação dos poderes do juiz e sua busca incessante por efetividade, com grande espaço ao ativismo judicial, acentuaram a desvalorização do contraditório, na medida em que a participação de autor e réu se tornou mera formalidade, na medida em que o papel central recaía ao juiz (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 08-10; THEODORO JUNIOR e NUNES, 2009, p. 107). Importante notar que neste período a Alemanha Nazista até mesmo cogitou retirar o contraditório de diversos procedimentos judiciais (CABRAL, 2011, p. 193-194).

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito redirecionou à dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e acesso à justiça (CABRAL, 2011, p. 193-194), com a retomada de uma concepção forte de contraditório, constatando-se que não haverá processo justo em um Estado ausente (Liberal), tampouco autoritário ou onipresente (Estado Social), senão apenas de um processo que seja pluralista e participativo, em sua essência, para a formação das decisões (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 107-108).

É necessário observar que o Estado Democrático Constitucional, por um lado, consiste na junção de conquistas liberais (primeira dimensão de direitos fundamentais), igualitárias, referentes à questão social (segunda dimensão de direitos fundamentais), e comunitárias (terceira dimensão de direitos fundamentais), mas, por outro lado, a todas estas conquistas

agrega uma quarta dimensão, que consiste no direito fundamental de participação, o qual requer que o cidadão destinatário da decisão estatal seja habilitado a participar dos atos intermediários de formação da referida decisão (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 107-108).

No âmbito de um devido processo legal, o direito fundamental à participação se materializa por meio do contraditório, devendo ser garantido aos atores processuais o efetivo contraditório e todas as formas dele decorrentes, a fim de que seja permitido o exercício pleno desse direito fundamental.

Fica evidente, com isto, que o Estado Democrático se fundamenta no vetor participação, habilitando o cidadão ao debate e deliberação pública, na formação das decisões públicas, o que se dá mediante diálogos. Do contrário, isto é, caso o Estado adote decisões sem refletir a vontade dos cidadãos (coletivamente), nem mesmo permitindo ao cidadão (individualmente) a contradita-la, mediante exposição dos seus argumentos, interesses, pontos de vista, ou seja, sem diálogo, tal situação viola a dignidade humana como valor fundamente do Estado Democrático Constitucional Brasileiro e, portanto, desrespeita o sujeito de direito que não obterá do Estado o resguardo aos seus direitos, via de consequência, haverá o rompimento do vínculo intersubjetivo do reconhecimento em sua esfera do respeito-jurídica.

Diante da necessidade de participação do cidadão nas decisões públicas, sob pena de injustiça e violação da dignidade humana, fica evidente que o contraditório, que qualifica o procedimento em processo, precisa de reformulação que enseje a efetiva participação do cidadão (atores do processo), na forma de diálogo, na tomada de decisão, em acréscimo à limitada concepção de contraditório como o binômio informação-reação (ou bilateralidade de audiência) (CABRAL, 2011, p. 194-195).

O Estado Democrático exige que o cidadão participe efetivamente nos assuntos de seu interesse, em vez de serem meros observadores, sem qualquer possibilidade de influir nas decisões públicas. Nesta linha, o contraditório não pode ser entendido como mera bilateralidade de audiência (informação-reação), senão também como o direito de influência (NUNES, 2008, p. 152) e o dever de cooperação (CABRAL, 2011, p. 194-195).

Portanto, o contraditório no Estado Democrático é formado, cumulativamente, de: i) *informação-reação* (bilateralidade de instância ou de audiência), que consiste em o cidadão

ser informado de eventual decisão que interfira na sua esfera de interesses e a ele ser franqueada a possibilidade de se manifestar, garantindo o funcionamento dialético do processo; ii) *direito de influência*, pois a mera bilateralidade de audiência pode, como já mencionado, transformar o processo em apenas uma formalidade de contrapor tese e antítese, sem que tais alegações e argumentos das partes contribuam para a formação da decisão judicial, sendo necessário, ao revés, que a parte exerça efetiva influência no desenvolvimento do processo, bem como no seu resultado final; iii) *dever de cooperação e participação* entre os sujeitos processuais, impondo, como dever, que os sujeitos processuais colaborem para uma boa prestação jurisdicional (NUNES, 2008, p. 156-162; CABRAL, 2011, p. 194-200; ALVARO DE OLIVEIRA, 1993, p.31-32; THEODORO JUNIOR e NUNES, 2009, p. 111-112).

Com base em tais observações acerca do Estado Democrático Constitucional e o conceito de contraditório àquele compatível e adequado, merece destaque a defesa da necessidade de processualização do inquérito policial, no sentido de conferir a tal instrumento a natureza jurídica de processo, dotado de contraditório, bem como delimitar a extensão do contraditório em inquérito policial.

No âmbito do Estado Democrático Constitucional, impende a existência de um direito fundamental ao processo, inclusive como derivação do direito fundamental de quarta dimensão, consistente na participação na formação das decisões estatais, especialmente quando se é o destinatário de tal decisão.

O Estado não pode ser fonte de negação ao reconhecimento de direitos da pessoa humana, isto é, não pode interferir arbitrariamente na vida dos seus cidadãos, sem que haja a oportunidade de o cidadão contestar os atos estatais, expondo seus argumentos, interesses, pontos de vista etc., que devem ser ponderados e deliberados. A participação do cidadão, com o direito à contraditar fatos que lhe são imputados, assegura, assim, o reconhecimento na esfera jurídica da pessoa como sujeito de direito na ordem constitucional.

Diante disto, fica evidente a necessidade de processualização do inquérito policial, isto é, torna-se imperioso reconhecer a natureza jurídica do inquérito policial como processo, dotado de contraditório, e não de mero procedimento administrativo.

É importante observar que a processualização do inquérito policial, isto é, o seu desenvolvimento em contraditório, reforça a ideia de um Estado Democrático Constitucional, em que o Estado e seus instrumentos trabalham em observância ao valor fundante da dignidade da pessoa humana, de modo que, até mesmo no inquérito policial, o investigado não perde sua qualidade de cidadão para se tornar um mero objeto de investigação, afinal, o direito fundamental à presunção de inocência (art. 5º, LVII⁹⁷, da CF/88) deve prevalecer, a despeito da instauração de inquérito policial, nos termos de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (MS 32491 DF, Segunda Turma, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento em 19.08.2014, Publicado em 09.10.2014).

Se, por um lado, existe o direito de o investigado participar através do exercício do efetivo contraditório no inquérito policial, por outro, não se pode esquecer que a finalidade do inquérito policial — coleta de elementos relativos à materialidade delitiva e autoria — está voltada à persecução criminal e, por conseguinte, à segurança pública, que é direito da coletividade. Portanto, dotar o inquérito policial de contraditório não pode ser óbice à sua finalidade precípua, possibilitando ao investigado se antecipar aos trabalhos investigativos com o intuito de prejudicar seu escopo. Daí porque se torna necessária a delimitação do contraditório na fase inquisitorial, a fim de permitir a participação para exercício do contraditório do investigado, sem, no entanto, inviabilizar a persecução criminal.

Por isto, neste ponto, sustenta-se o posicionamento no sentido de que o contraditório na forma de *informação-reação* deve ocorrer apenas após a coleta de elementos suficientes a respeito de autoria e materialidade delitiva. Assim, não se defende que o investigado seja informado desde a instauração do inquérito policial — o que poderia possibilitar ao investigado, por exemplo, frustrar interceptações telefônicas, esconder ou frustrar determinadas provas documentais, especialmente se tiver conhecimento de expedição de mandados de busca e apreensão, intimidar testemunhas etc. —, senão apenas após a coleta de elementos suficientes quanto aos indícios de autoria e materialidade, como, por exemplo, após a oitiva das vítimas, testemunhas, coleta de provas documentais, realização de perícias etc.

Assim, após a coleta dos elementos acerca da autoria e materialidade delitiva — mas, antes do relatório final do inquérito policial — o investigado seja devidamente cientificado da

⁹⁷ Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

existência do inquérito policial, com amplo acesso aos elementos de convicção produzidos, com prazo razoável para se manifestar quanto ao que foi levantado de informações, inclusive com a possibilidade de juntada de outros elementos de informação advindos de sua investigação defensiva. Cuida-se, de conseguinte, de um contraditório efetivo, porém diferido, em relação aos elementos informativos coletados no inquérito policial.

Com isto, resta satisfeito o contraditório na forma de informação, reação e influência, na medida em que o investigado pode se manifestar quanto aos elementos colhidos, bem como trazer outros elementos informativos, perspectivas, interpretações dos elementos colhidos e, assim, influenciar na decisão da autoridade policial quanto ao indiciamento ou não, no relatório final de inquérito policial. Em essência, ressalta-se esse momento procedimental como plena concretização do conceito moral-jurídico da dignidade humana, e do respeito à esfera de reconhecimento jurídico de toda pessoa sujeito de direito, que, no caso da presente pesquisa estará submetido a persecução penal da Lei de Drogas.

Assim, como se não bastasse o valor intrínseco do contraditório, o respeito à dignidade humana e o reconhecimento na esfera do respeito-jurídica, no âmbito do Estado Democrático Constitucional, há também razões de ordem prática que justificam a potencialização do contraditório no inquérito policial, afinal, a observância da dialeticidade no inquérito policial pode aumentar a credibilidade e o valor probatório dos seus elementos na fase judicial, tendo em vista que o inquérito policial será desenvolvido de maneira mais robusta e detalhada, em razão da participação do investigado. Outrossim, haverá a realização de um inquérito policial qualitativamente melhor, mais sólido e consistente, o qual poderá evitar ações penais desnecessárias ou infundadas.

Ademais, para assegurar o direito de influência e, simultaneamente, promover a vertente de cooperação que o contraditório requer, sustenta-se que no relatório final de inquérito policial a autoridade policial deve enfrentar todos os argumentos deduzidos pelo investigado, que em tese fossem capazes de conduzir ao não indiciamento. Trata-se, na vertente cooperativa do contraditório, de trazer ao inquérito policial o dever de fundamentação analítica, tal qual o Código de Processo Civil exige das decisões judiciais (art. 489, §1º, IV⁹⁸, CPC).

⁹⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

Em outros termos, no relatório final de inquérito policial a autoridade policial deverá enfrentar cada argumento e tese deduzida pelo investigado, não podendo se valer de argumentos e fundamentações genéricas para indiciar o investigado, o que certamente valoriza a atividade policial e confere credibilidade ao trabalho desenvolvido no inquérito policial. Com isso, resta assegurado o dever de debate e de cooperação, ambos decorrentes de uma visão hodierna do contraditório efetivo, que seja adequada ao Estado Democrático Constitucional, ao valor fundante da dignidade humana e ao reconhecimento na esfera do respeito-jurídica.

Entende-se que, apenas se desenvolvido em contraditório, o inquérito policial, “processualizado”, serão atendidos os objetivos do garantismo penal, no sentido de limitar o poder punitivo e dar tutela à pessoa contra arbitrariedade, desenvolvendo uma investigação criminal dialética, dialógica e pautada no conflito (FERRAJOLI, 2010, p. 38, 564-565).

Compreende-se, ainda, que, se desenvolvido na maneira delineada acima, o contraditório permitirá uma investigação criminal qualitativamente melhor, sem, contudo, acarretar prejuízos à persecução criminal e à punição dos culpados, afinal, quando da informação da investigação criminal, já haverá lastro probatório mínimo acerca de materialidade e autoria delitiva, impossibilitando, com isso, que seja frustrada a persecução pelo investigado e, sobretudo, reduzindo consideravelmente o número de indiciamentos e ações penais descabidas (sugestão de inclusão). Desta forma, alcançam-se os dois objetivos principais do garantismo penal, a saber: “a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes” (FERRAJOLI, 2010, p. 556), naquilo que se convencionou, no Brasil, denominar de garantismo penal integral (FISCHER, 2009), ou seja, não se corre o risco de a dialeticidade conferida ao inquérito policial frustrar seus objetivos precípuos e ameaçar a segurança pública.

A realidade fática da sociedade brasileira, notadamente, em relação a persecução penal relativo às drogas, carece, fundamentalmente, de uma reestruturação no eixo central, qual seja, a necessidade imanente de se analisar procedimental e processualmente os fatos relacionados aos tipos penais da constantes da Lei de Drogas sob a ótica da dignidade humana

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

e do reconhecimento na esfera do respeito-jurídica, sob pena de se continuar a punir deliberadamente pessoas, que de alguma forma se envolveram com drogas (usuário, dependente químico ou traficante), sem, contudo, permitir a fruição da dignidade humana como vetor constitucional principal, do qual decorrem todos os demais direitos e garantias fundamentais, capazes de efetivamente possibilitar a pessoa, sujeito de direito, a tomar conhecimento dos fatos, poder contradita-los, constituir defesa, etc.

Como atributo da dignidade humana, ao sujeito de direito reconhecido numa relação intersubjetiva com as instituições, em sua esfera jurídica do autorrespeito, devem ser tutelados os direitos que não permitam violações, degradações, violências, exclusões, enfim, qualquer forma de desrespeito ao ser humano.

Pode-se afirmar, por fim, que a pessoa submetida à perseguição penal sem garantia do contraditório, não se considera sujeito de direito, pois violada sua condição mínima para categorização como ser humano. A opinião dessa pessoa, desprovida de direitos em suas relações intersubjetivas na dimensão do autorrespeito para com o Poder Público, não vale nada. É um mero objeto de investigação e, futuramente, de processualização judicial penal e, muito provavelmente, preso provisoriamente.

3.2. AMPLA DEFESA E (INVERSÃO) ÔNUS DA PROVA

De mesma hierarquia constitucional que o contraditório, a ampla defesa se apresenta de forma bipartida: i) direito à autodefesa e ii) direito à defesa técnica. Por sua vez o direito de autodefesa se subdivide em: i) direito de presença (satisfeito com o comparecimento em audiência pelo acusado); ii) direito de audiência (é o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária); e iii) direito de postular pessoalmente (esse direito está presente na possibilidade de recorrer pessoalmente, de interpor recurso ou propor revisão criminal).

Por esse direito fundamental, toda pessoa tem o direito de se defender de qualquer fato que lhe é imputado, sendo tal defesa elaborado por profissional habilitado (advogado).

É uma garantia inerente à formação do processo penal, decorrente do devido processo legal, que por sua vez, guarda fonte direta com a carga axiológica imanente do conceito jurídico-moral da dignidade humana.

O sujeito de direito só se reconhece neste aspecto, com a exata medida entregue pelo Estado, de instrumentos aptos a tutela e permitir o exercício do direito de defesa. Para além do reconhecimento nas esferas do amor e solidariedade, Honneth acentua é necessário um duplo efeito em relação à esfera do respeito para que haja, efetivamente, uma relação intersubjetiva de reconhecimento mútuo – ora pelo Estado, ora pela pessoa – permissões positivas e negativas. As positivas são afetadas às medidas estruturantes fomentadas pelo Poder Público, capazes de proporcionar o exercício de direitos por parte do ser social. Já a aceção negativa, diz respeito proteção do Estado em normatizar comportamentos negativos (errados do ponto de vista moral, por assim dizer), que garantam à pessoa o exercício de suas faculdades mentais e pessoais, sem que seja atingida por privação de direitos ou exclusão.

Como forma positivação do direito de audiência, através da edição da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), regulamentando a audiência de custódia no Brasil, inúmeras críticas foram feitas ao instituto, muito embora sem sustentação argumentativa diante do seu alicerce normativo oriundo de estudos de casos e aplicações de direitos em diversas nações que possuem regime jurídico constitucional similar ao brasileiro.

Duas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas por associações de delegados de polícia e magistrados estaduais, objetivando a declaração de inconstitucionalidade, todavia, o Supremo Tribunal Federal as julgou improcedente, revelando uma interpretação constitucionalizada da Resolução 213/2015 do CNJ.

Os contrários à realização da audiência de custódia, apontam que o Judiciário Brasileiro não tem estrutura material e física para estabelecer setores especializados de audiência de custódia, e que o custo com a implementação seria muito alto. Outra falácia difundida é de que a audiência de custódia é um instrumento de impunidade, pois o sujeito é preso em flagrante e tem o direito de conversar com uma autoridade judicial para, de imediato, poder ser solto e responder o processo pelo crime em liberdade.

A ignorância, etimologicamente considerada como ausência de conhecimento do instituto, é tamanha que grande parte da população desinformada, sobretudo no âmbito virtual em que as críticas ou ideias estão transvestidas no quase anonimato, deturpam o direito fundamental de todo cidadão à audiência de custódia, chegando ao ponto de afirmar ser o instituto uma

medida de “esvaziamento de cadeias”, gerando a “sensação” de impunidade em toda a sociedade.

A audiência de custódia é uma conquista decorrente do respeito à dignidade humana. Em essência, cuida-se da concretização jurídica do direito fundamental de que toda a pessoa presa em flagrante deve ser apresentada, no menor tempo possível, a uma autoridade judicial para controle protetivo da integridade física e psíquica, bem como para avaliação de legalidade da prisão em flagrante e da necessidade de manutenção da custódia.

O aspecto protetivo se motiva, ao menos no caso do Brasil, pelo histórico de práticas de tortura a pessoas presas em estado de flagrância, provisória ou definitivamente. O magistrado deve se ater no momento da avaliação do flagrante aos aspectos circunstanciais com o propósito de se evitar flagrantes forjados, por exemplo, para havendo ilegalidade, relaxar a prisão. Ultrapassada a etapa da validade dos requisitos legais da prisão em flagrante, a autoridade judicial passa a analisar a possibilidade de concessão do benefício de liberdade provisória, com ou sem fiança, e se revelando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas art. 319⁹⁹ do CPP, diante da presença dos requisitos do 312¹⁰⁰ e 313¹⁰¹ do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva.

⁹⁹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

¹⁰⁰ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

¹⁰¹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Importante destacar que a audiência de custódia não trouxe inovação do ponto de vista dos direitos material e formalmente previstos, como por exemplo a liberdade provisória com ou sem fiança estabelecidos no art. 321¹⁰² do CPP.

A mudança introduz um marco civilizatório e garante no menor tempo possível, o direito fundamental da pessoa presa em flagrante de ser apresentada a uma autoridade judicial. Modificação significativa sim, porém, com escopo de garantir uma antecipação do momento em que a pessoa deve ser ouvida pela autoridade judicial, pois de nada adianta se analisar um pedido de relaxamento de prisão por ilegalidade em razão da ocorrência de tortura, meses ou até anos depois do fato, para só então, o magistrado analisar o pedido. Os direitos e garantias processuais penais já existiam, frutos do valor fundante da dignidade humana, o que a audiência de custódia traz de novo é antecipar, pois também se trata do reconhecimento na esfera intersubjetiva do direito, o momento dessa análise judicial inicial.

Vertendo o foco para a persecução penal relativo às drogas, regra geral, o que se verificar da maioria dos processos judiciais, baseados em dados estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, de relatórios de Segurança Pública e Mapas de Violência, é que as pessoas sujeitas à essa persecução sofrem variadas formas de violação jurídica e moral. São tratados, na maioria das vezes, como objeto de investigação/acusação, diante do regime de persecução imposto culturalmente, pela práxis ou simplesmente pela forma automatizada em se encontra o Estado ao processar e julgar criminalmente uma pessoa.

No sistema acusatório, adotado pelo Estado Brasileiro, seguindo o postulado geral de direito, quem alega deve provar, ou ao menos tentar provar os fatos que aduz serem imputados a outrem. No bojo das ações penais públicas, por escolha constitucional, é o órgão do Ministério Público o responsável para produção probatória no espaço dialético que é o

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

¹⁰² Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

processo. No dizer de Gustavo Henrique Badaró o ônus, portanto, é uma faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. (2016, p. 427)

Sucedendo que, como mencionado acima, como regra geral quem produz os elementos de informação relacionados à autoria e materialidade do fato é a Polícia Civil, por meio do processamento do inquérito policial. Sim, aquele mesmo, sem o efetivo contraditório. Se formalizados sem contraditório, não há que se falar em possibilidade de influenciar na análise da Autoridade Policial acerca do relatório final e o indiciamento. E pior, no âmbito processual, arena pública de debate, para argumentação de teses e produção probatória, repita-se, na grande parte dos processos judiciais, o titular da ação penal vale-se dos elementos de convicção coligidos na fase do inquérito, e, por vezes, valendo-se do depoimento exclusivo da autoridade policial.

Doutrinariamente, se distingue o ônus da prova sob duas aspectos: o subjetivo e o objetivo. O aspecto subjetivo diz respeito a quem deverá provar cada fato. Determina quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado, tendo a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte onerada, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. Por outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o magistrado deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre o fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. (BADARÓ, 2016, p. 429)

Em verdade, diante de tais violações de direitos da pessoa sujeita ao processamento da lei de Drogas, há inegavelmente uma inversão do ônus probatório. A pessoa acusada pelo Ministério Público, ao invés de se defender das imputações que lhe estão sendo apresentadas, passa, ainda não formalmente, mas, de fato, na prática, a ter que produzir prova negativa de um fato que o Estado pretende puni-lo.

Diversamente do que ocorre no processo civil, no processo penal, respeitando-se a dignidade humana como vetor basilar e hermenêutico do direito, seus direitos decorrentes como o devido processo penal e a presunção de não culpa, não há distribuição do ônus da prova, que deve ser totalmente suportado pela acusação. Cuida-se de um ônus da prova unidirecional na expressão cunhada por Gustavo Henrique Badaró.

Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert analisaram o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula nº 70 do TJRJ, e fizeram uma reconstrução do caso Rafael Braga. Em síntese, narra os autos que Rafael foi denunciado como incurso no art. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, por meio do julgamento de procedência da pretensão punitiva, restando sentenciado e condenado o réu em 20/04/2017 às penas de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa. Um dos fundamentos jurídicos que levaram à condenação foi a aplicação da súmula 70 do TJRJ, que estabelece “*o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*”. Baseando-se a sentença penal condenatória, apenas, nos depoimentos das autoridades policiais no momento da abordagem e, considerando válida a aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ, restou por valorar absolutamente a falar de policiais em detrimento da fala do acusado, que no caso, se disse inocente. Com propriedade, os autores analisaram o caso sob a égide da valoração à dignidade humana, do Estado Democrático Constitucional vigente no Brasil, e todos os direitos e garantias fundamentais infringidos por meio do processo penal da Lei de Drogas. (2018, p. 45-46)

E, concluem os autores, diante do estudo dos argumentos judiciais expostos para justificar o juízo de tipicidade dos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, duas considerações: o pressuposto de validação da aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ e se, no caso concreto, a aplicação da referida Súmula respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade. Em relação ao primeiro, houve a identificação de que foram considerados critérios gerais sem confronta-los com a realidade fática do caso em análise, bem como, que no plano processual (fase de conhecimento) pressupõe absoluta ausência ou impossibilidade de outras provas, e a coerência dos relatos dos agentes públicos. No que tange à segunda, identificou-se que na sentença que condenou Rafael Braga, não apenas está ausente o pressuposto que legitimaria a decisão no plano político criminal — qual seja, a atuação regular e constante da Polícia Militar do Rio de Janeiro em conformidade, sobretudo, com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos —, como estão ausentes os critérios processuais de validade da prova, a inexistência ou impossibilidade de produção de outras provas e a coerência entre as versões dos depoentes. Percebeu-se da instrução que, existe prova testemunhal que apresenta um versão diversa daquela dos policiais e os próprios depoimentos das autoridades públicas são contraditórios e lacunares. A divergência, a contradição e as lacunas identificadas na fase pré-processual e de conhecimento conduzem a

uma situação de, no mínimo, fragilidade probatória (dúvida razoável), o que indicaria a incidência do *in dubio pro reo*. (2018, p. 75-76)

Não se presta a pesquisa a desconstituir o ordenamento jurídico vigente, em absoluto. Se mostra plenamente necessária para a compreensão dos fatos sociais relevantes apurados pelo microssistema de processo penal da lei de drogas. De igual forma, está ancorada no principal valor do ser humano, sua dignidade multidimensional (no dizer de Daniel Sarmento), notadamente, pelo reconhecimento na esfera do jurídico-normativa de todo ser humano, sujeito de direitos na ordem constitucional vigente.

3.2. UMA NECESSÁRIA ANÁLISE CRÍTICA

O microssistema de processual das drogas, estabelecido pela Lei nº 11.343/2006, merece uma análise crítica, tanto em termos filosóficos, quanto pela teoria do direito.

Por recorte metodológico, a pesquisa se debruçou sobre três problemas graves, violações ao contraditório, ampla defesa e produção probatória. Ambos, como já referido em item anterior, decorrem do conceito moral-jurídico da dignidade humana, estabelecida como fundamento da República Federativa do Brasil e, de conseguinte, incidindo em todas as vertentes de promoção de justiça e exercício de direitos na ordem social.

Pelas matizes teóricas apresentadas por Axel Honneth, Mead e Hegel, a pessoa só se concebe como sujeito de direito, individual e coletivamente (grupos), a partir de seu esclarecimento em autorrelações sociais, ora no âmbito de sua família e comunidade (autoconfiança), das instituições públicas e sociais (autorrespeito) e da honra e solidariedade na Comunidade de valores (autoestima). É, pois, coerente se falar em sujeito de direito reconhecido juridicamente quando presente um arcabouço normativo capaz de impedir violações de direitos e, a um só tempo, proporcionar a fruição de direitos estabelecidos no pacto social através da formação de um Estado Democrático Constitucional.

Ensina Antônio Magalhães Gomes Filho que um verdadeiro modelo cognitivo de justiça penal pressupõe não apenas que a acusação seja confirmada por provas (*nulla accusatio sine probatione*), mas também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação (*nulla probatio sine*

defensione). A verdade processual, nessa ótica, não é a verdade extorquida inquisitorialmente, mas uma verdade obtida através de provas e desmentidos. (1997, p. 55)

Luis Carlos Valois analisa os problemas probatórios advindos do processo penal da Lei de Drogas, considerando que numa apreensão de drogas, a testemunha de acusação é o policial, também quem decide se processa ou não a pessoa abordada, além de escolher as testemunhas, geralmente companheiros de operação, a garantia de a defesa ter alguma testemunha para contrariar as provas de acusação acaba sendo uma garantia formal, de inviável efetivação na prática. (2014, p. 120)

Neste sentido, identifica-se uma grave falha do sistema probatório — e, obviamente, no funcionamento do sistema de persecução penal —, pois a despeito de elencar a dignidade humana como valor fundante do Estado Democrático Constitucional, de conseguinte, reconhecendo o cidadão como sujeito de direito na esfera jurídica de autorrespeito, o Estado Brasileiro empreende reiteradas práticas públicas de desrespeito, ora em se tratando do exercício da segurança pública para controle de conflitos sociais que atingem a seara do direito penal, ora no processamento inquisitorial e judicial de supostas práticas delituosas.

Para Luigi Ferrajoli em particular a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente depender. (2010, p. 709)

Do que defende o professor italiano, o sistema penal brasileiro está longe e, em se tratando de guerra às drogas, mais ainda, pois o que tem prevalecido são as apreensões, as prisões, em detrimento de uma verdadeira investigação sobre a origem, as estruturas e o funcionamento da rede de tráfico de entorpecentes, prova disso são as próprias penitenciárias lotadas de pobres, miseráveis que não parecem em nada com o imaginário do real traficante que está efetivamente lucrando. Aqui não há só injustiça, mas a própria estrutura do processo resta prejudicada, vez que são esses mesmos policiais que servirão de testemunha, forjando um contraditório apenas formal, em evidente prejuízo para a defesa perante o juiz competente para conhecer o fato tido como criminoso. (VALOIS, 2014, p. 121)

Peter Häberle observa a cláusula da dignidade humana em uma dupla direção protetiva: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade). Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídicos-materiais e por vias processuais (no sentido de um *status activus processualis*), bem como por meios ideais e materiais. (2013, p. 89)

No plano material, segundo observação do autor, a dignidade humana é efetivada tanto jurídico-materialmente como processualmente, de múltiplas formas, por meio do ordenamento normativo. No campo material, a proteção jurídica do direitos do nascituro, dos fetos anencéfalos e da dignidade da mãe (STF, ADPF 54, 2012); o reconhecimento jurídico da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo (STF, ADI 4277 e ADPF 132, 2011).

No dizer de Peter Häberle, o *due process* constitui uma das mais importantes garantias da dignidade humana! (2013, p. 90)

Processualmente, o direito a um devido processo legal, por meio da garantia do contraditório, ampla defesa e da proteção jurídica efetiva: trata-se da proteção da dignidade humana por meio do processo; do processo e do procedimento administrativo até o direito de representação pessoal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa identificou que o sistema de persecução penal brasileiro em relação às drogas, se origina a partir da importação da política criminal de guerras às drogas norte-americana, estando incutidas as concepções culturais, religiosas e históricas, constituídas sob o esboço do sistema jurídico estadunidense.

O proibicionismo, movimento que se iniciou nos Estados Unidos, influenciou várias nações, tidas como democráticas, se mostrando como regimento de políticas públicas de intolerância a qualquer tipo de permissão de uso de drogas, mas, principalmente, promovendo incalculáveis privações de direitos, resultando ao longo de décadas em um encarceramento massivo e como válvula de controle social de grupos sociais mais vulneráveis como os negros e pobres.

O retrato do Brasil neste aspecto não é diferente. Desde a implementação da política criminal de drogas no país e sucessivas normas proibicionistas, não há registro de redução significativa de índices de criminalidade diretamente pelo tráfico de drogas, nem indiretamente através dos delitos correlatos a essa prática ilícita, como os crimes patrimoniais, contra a administração pública (corrupção, por exemplo).

Outro grande problema enfrentado no Brasil diz respeito ao funcionamento do sistema de justiça penal. Prende-se antecipadamente sem um controle, sem o filtro da dignidade humana e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do sujeito de direitos. Processa-se e julga-se, mediante um indevido processo penal, porquanto calcado em violações de direitos como a possibilidade do indivíduo ser ouvido e poder influenciar na decisão eventualmente suportará — contraditório efetivo —; não há produção substancial de provas na fase instrutória — ampla defesa —; julgamentos definitivos com base exclusivamente em depoimentos de agentes de segurança do Estado. Enfim, há uma gama de irregularidades praticadas pelo Estado em detrimento da pessoa, sujeito de direito, submetido à investigação e ao processo penal das drogas, destacando-se a questão probatória e a formação da decisão final pelo Poder Judiciário, que necessita atentar para os preceitos da presunção de não culpa e do *in dubio pro reo*.

Por opção metodológica, a pesquisa se prontificou a identificar e analisar se o microssistema processual das drogas no Brasil se harmonizar com os valores preceituados na Lei Maior. E o

que se apurou, e permitiu uma análise crítica, foi que o Estado Brasileiro, concebido em sua forma política e organizacional como Estado Democrático Constitucional, possui um sistema de persecução penal no tocante à drogas ineficiente e desarmonico em relação ao valor fundante da dignidade humana e o do reconhecimento jurídico — autorrespeito — do sujeito de direitos, bem como, que necessita rever a estrutura normativa do direito material e processual, com a finalidade de ao um só tempo, respeitar os valores máximos da sociedade estabelecidos da Constituição Federal e, efetivamente, agir na persecução penal de modo garantidor de direitos, eficiente e justo.

Só, então, tendo como premissas a dignidade humana e o reconhecimento jurídico da pessoa, sujeita de direitos, numa ordem constitucional vigente, será possível se estabelecer um microssistema processual de drogas integro, devido, adequado, legítimo e que promoverá a verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Chico. **Direitos mais humanos**. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.
- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio, revisão técnica e notas de Silvio Luiz de Almeida. 1ª ed. São Paulo: Boi Tempo, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. **A proteção da pessoa humana no direito internacional: conflitos armados, refugiados e discriminação racial**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 15, 1998.
- _____. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista de Processo, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-32, jul./set. 1993.
- ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo, revisão técnica e apresentação Adriano Correia. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- BACHMANN, Christian; COPPEL, Anne. **Le dragon domestique: deux siècles de relations étranges entre l'Occident et la drogue**. Paris: Albin Michel, 1989.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento de elaboração normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- _____. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, nº 254, 2010, p. 39-65.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 20, 1997.
- BIANCHINI, Alice. **Lei de drogas comentada**. Cood. Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradutor Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BERGERON, Henri. **Sociologia da droga**. Tradução Tiago José Risi Leme. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BURGO, Vitor. **O impacto do federalismo fiscal no processo de controle jurisdicional de políticas públicas**. 2014. 199 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de Processo, vol. 126, p. 59-80, ago./2005.

_____. **Contraditório (princípio do-)**. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas e PELELLA, Eduardo (organizadores). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CAMPOS, Rui Ribeiro de. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2014.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. e WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Making a Drug Dealer: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula nº 70 do TJRJ na construção do Caso Rafael Braga**. Revista de Estudos Criminais, SAGE, ano XVII, nº 68, São Paulo: Síntese, jan./mar. 2018.

CARVALHO, Thiago Fabres. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CHALOULT, Louis. **Une nouvelle classification des drogues toxicomanogènes**. Toxicomanies 4(4): 371-375, 1971.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo, 2003.

COSTAS, Douzina. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009.

DELMANTO, Roberto; DELMANDO JUNIOR, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

DURKHEIM, Émile. **O individualismo e os intelectuais**. Edição bilíngue e crítica. Organização e edição Márcia Cansolim, Márcio de Oliveira e Raquel Weiss. São Paulo: EDUSP, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2010.

DELIAS, Norbert. **O Processo civilizador: uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FAUGERON, Claude; KOKOREFF, Michel. **Société avec drogues**. Enjeux et limites. Toulouse: Érès, coleção Trajets, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **Cocanha**: a história de um país imaginário. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p 43-52.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos**: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Béatrice Maurer ... [et. al.]. SATLET, Ingo Wolfgang (org. e tradutor). 2ª ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos**. In: _____. Sobre a Constituição da Europa. Tradução Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.

HART, Carl. **Um preço muito alto**: uma jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2014.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**: a construção universal de uma utopia. Aparecida, SP: Editora Santuário, 1997.

HONNETH, Axel. **A textura da justiça**: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. v. 9, nº 3, Porto Alegre: Civitas, set./dez. 2009, p. 345-368.

_____. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **O eu no nós**: reconhecimento como força motriz de grupos. n.º 33, Porto Alegre: Sociologias, mai./ago. 2013, p. 56-80.

_____. **Observações sobre a reificação.** v. 8, nº 1, Porto Alegre: Civitas, jan./abr. 2008, p. 68-79.

JASPERS, Karl. **The Origin and Goal of History.** Traduzido por Michael Bullock. London: Routledge and Keegan Paul, 1953.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** Tradução Fernando Costa Mattos. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. **O que é esclarecimento?** Traduzido por Luiz Paulo Rouanet. Resposta à Berlinische Monatsschrift, 1783.

KARAM, Maria Lúcia. Aspectos jurídicos. In: SEIBEL, Sergio Dario; TOSCANO JR, Alfredo (Orgs.). **Dependência de drogas.** São Paulo: Atheneu, 2001.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. 2ª ed., Belo Horizonte, MG: Letramento – Casa do Direito, 2016.

LABATE, B. C.; GOULART, S.; FIORE, M.; MACRAE, E.; CARNEIRO, H. (Org.). **Drogas e cultura:** novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

LABROUSSE, Alain. **Geopolítica das drogas.** Tradução Mônica Seincman. São Paulo: Desatino, 2010.

LAFER, Celso. **A declaração universal dos direitos humanos de 1948:** seu alcance e significado para a teoria dos direitos humanos. In: Direitos humanos: Um percurso no direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

LAROUSSE MEDICAL. Paris: Larousse, Coleção Médecine Santé, 1995.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Anthropologie structurale deux.** Paris: Plon, 1973.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado.** 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____. **Legislação criminal especial comentada.** 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LUISI, Luiz. **A legislação penal brasileira sobre entorpecentes:** nota histórica. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.3, n.2, p. 152, 1990.

MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. **Rodas de fumo:** o uso da maconha entre camadas médias urbanas. Salvador: EDUFBA; CETAD/UFBA, 2000.

MADUREIRA, Claudio Penedo. **Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo.** Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Vol. X, nº 3, 2015.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MANSUR, Jandira; CARLINI, Elisaldo. **Drogas:** subsídios para uma discussão. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos:** Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, anotada e interpretada. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

- MARQUES, Viriato Soromenho. **Direitos humanos e revolução**. Lisboa, Portugal: Edições Colibri, 1991.
- MCALLISTER, William. **Drug diplomacy in the twentieth century**. New York: Routledge, 2000.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Tóxicos**. Doutrina – prática – jurisprudência – legislação. 2ª ed. São Paulo: Editora Jalovi, 1982.
- MELO, Rúion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MINTZ, Sidney W. **Sweetness and power: the place of sugar in modern history**. New York: Viking Penguin, 1986.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. In: _____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004 (3ª reimpressão, 2014).
- NOGUEIRA, Cláudio Martins. **O outro lado da droga**. Belo Horizonte: Fórum Social, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**. vol. 1. 8ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.
- _____. **Lei penais e processuais penais comentadas**. vol. 2. 8ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.
- NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa**. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do processo**. Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- PASSETTI, Edson. **Das “fumeries” ao narcotráfico**. São Paulo: Educ, 1991.
- PEREIRA, Flávio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michelle Taruffo**. GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et. al.] .1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. **Commento alla Costituzione Italiana**. 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- PICARDI, Nicola. **Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório**. In: **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAINE, Adrian. **A anatomia da violência**: as raízes biológicas da criminalidade. Tradução Maiza Ritomy Ite, revisão técnica Ney Fayet Júnior e Pedro Antônio Schmidt do Prado-Lima. Porto Alegre: Artmed, 2015.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. 2ª ed. São Paulo: Desatino, 2012.

_____. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. **Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth**. Vol. 8, nº 1º, Porto Alegre, Civitas, jan.-abr. 2008, p. 9-18.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SCHIVELBUSH, Wolfgang. **Tastes of paradises**. New York: Vintage Books, 1993.

SÉGUIN, Elida (coord.). **Direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SIEYÈS, Abade. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Organização, Tradução e Estudo Introdutório de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Anderson Santos da; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de e RODRIGUES, João Mendes. **Direito internacional dos direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOCIOLOGIAS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Sociologias**: Axel Honneth e a teoria do reconhecimento. Edição quadrimestral, ano 15, nº 33, Porto Alegre: UFRGS, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SZABÓ, Ilona. **Drogas**: as histórias que não te contaram, Ilona Szabó e Isabel Clemente. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

SZASZ, Thomas. **Nuestro derecho a las drogas**. Barcelona: Anagrama, 1993.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar R. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2014.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro**: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, vol. 168, fev./2009.

TIBURI, Marcia; DIAS, Andréa Costa. **Sociedade fissurada**: para pensar as drogas e a banalidade do vício. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

Universidade Federal do Espírito Santo. **Normatização de referências**: NBR 6032:2002. Biblioteca Central, Vitória, ES: Edufes, 2015.

Universidade Federal do Espírito Santo. **Normatização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos**. 2ª ed. Biblioteca Central, Vitória, ES: Edufes, 2015.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 105-130.

_____. **O direito penal da guerra às drogas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VARGAS, Eduardo Viana. **Entre a extensão e a intensidade**: corporalidade, subjetivação e uso de “drogas”. 2001. 600 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas: Sociologia e Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **É digno ser humano? Ou É digno, ser humano?** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, 2013, p. 75-82.

_____. **A crise de confiança nas instituições democráticas da justiça brasileira e aplicação dos direitos fundamentais no processo judicial**. *Revista Forense (Impresso)*, v. 419, 2014, p. 381-395.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª Ed. São Paulo, Atlas: 2014.